

Sitalospagnolo SEMINARIO

Directores

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

ANTONIO PÉREZ MIRAS

EDOARDO C. RAFFIOTTA

Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea

Sfide del costituzionalismo di
fronte al processo di
integrazione europea

Constitutional challenges
regarding European
integration

Con prólogo de
Pablo Lucas Murillo de la Cueva

**Desafíos del constitucionalismo
ante la integración europea**

**Sfide del costituzionalismo di fronte al
processo di integrazione europea**

**Constitutional challenges regarding
European integration**

**GERMÁN M. TERUEL LOZANO
ANTONIO PÉREZ MIRAS
EDOARDO C. RAFFIOTTA
(Directores)**

Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea

**Sfide del costituzionalismo di fronte al
processo di integrazione europea**

**Constitutional challenges regarding
European integration**

Con prólogo de Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Sitalospagnolo
SEMINARIO



MURCIA, 2015

Primera edición, 2015



No se permite las modificaciones ni las adaptaciones de la obra así como su uso comercial

El Editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Diseño portada: Luis Gil Palacios

Germán M. Teruel Lozano, Antonio Pérez Miras, Edoardo C. Raffiotta (dirs.)
y otros

EDITUM. Ediciones de la Universidad de Murcia
Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia
ISBN: 978-84-608-4331-3

"Il problema che in primo luogo va risolto, e fallendo il quale qualsiasi altro progresso non è che apparenza, è la definitiva abolizione della divisione dell'Europa in stati nazionali sovrani."

"La via da percorrere non è facile né sicura, ma deve essere percorsa e lo sarà!"

Il Manifesto di Ventotene (1941)
ALTIERO SPINELLI, ERNESTO ROSSI, URSULA HIRSCHMANN

ÍNDICE

Índice sistemático	VII
PRÓLOGO	XXV
Pablo Lucas Murillo de la Cueva	
PRESENTACIÓN	XXXVII
Íñigo A. Navarro Mendizábal	
PRESENTAZIONE	XL
Íñigo A. Navarro Mendizábal	
NOTA DE LOS DIRECTORES	XLIII
NOTA DEI CURATORI.....	XLV

PARTE 1

El poder: la forma político-constitucional de Europa, gobierno de la economía y sostenibilidad en la ‘sociedad del bienestar’

Il potere: la forma politico-costituzionale di Europa, governo dell’economia e sostenibilità nella ‘società del benessere’

IL POTERE: LA FORMA POLITICO-COSTITUZIONALE DELL’EUROPA, IL GOVERNO DELL’ECONOMIA E LA SOSTENIBILITÀ NELLA “SOCIETÀ DEL BENESSERE”	3
--	---

Edoardo C. Raffiotta

A) Forma de gobierno y proceso de integración europea.....	11
--	----

A) Forma di governo e processo di integrazione europea	11
--	----

QUO VADIS EUROPA?	13
-------------------------	----

Luca Di Majo

OLTRE LE “FORME DI GOVERNO”. APPUNTI IN TEMA DI “ASSETTI DI ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE” DELL’UNIONE EUROPEA	31
--	----

Renato Ibrido

LOS EFECTOS SECUNDARIOS DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS: APUNTES SOBRE LA AFECTACIÓN DE SUS FUNCIONES Y DE LOS PROCESOS DECISORIOS	53
--	----

Sabrina Ragone

QUO VADIS EUROPA? LA DEGENERAZIONE POPULISTICA UNGHERESE TRA CRISI ECONOMICA E CRISI COSTITUZIONALE....	69
---	----

Fausto Vecchio

ECLIPSE OF THE GOLDEN DAWN. THE CONSTITUTIONAL CONUNDRUM OF THE CASE AGAINST THE GREEK NEO-NAZIS	85
Evangelos Liaras	
DIRECT DEMOCRACY AND THE PROHIBITION OF THE BINDING MANDATE	103
Elena Falletti	
IL CONCETTO DI ESSENZIALITÀ, CRITERIO PER LA TASSONOMIA DEGLI ATTI GIURIDICI EUROPEI E SCHEMA DELLA DIVISIONE DEI POTERI TRA ISTITUZIONI DELLA COSTELLAZIONE POST-NAZIONALE.....	119
Giuliano Vosa	
LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y NACIONALES EN EL PROCESO DE AMPLIACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.....	139
Ana Tomás López	
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA.....	155
Paula García Andrade	
B) Gobierno de la economía y sostenibilidad financiera	177
B) Governo dell'economia e sostenibilità finanziaria	177
IL PRINCIPIO DI CONDIZIONALITÀ NELLA CRISI DELL'ORDINE DI MAASTRICHT	179
Federico Losurdo	
LA SOVRANITÀ "LIMITATA" DI BILANCIO COME PRINCIPIO SUPREMO. PRIMI APPUNTI SU DUE CONCETTI AMBIGUI A MARGINE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE TEDESCA.....	197
Federico Pedrini	
LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: QUALE MODELLO DI GESTIONE?	215
Maria Antonella Gliatta	
L'IMPULSO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA RIORGANIZZAZIONE DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO NAZIONALE: GLI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO.	237
Federico Laus	
EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN FORAL COMO UN EJEMPLO DE DESCENTRALIZACIÓN FINANCIERA ASIMÉTRICA VIABLE EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA	253
Jokin Babaze Aizpurua	

C) Estado del bienestar	273
C) Stato del benessere.....	273
LA APORTACIÓN DE LA UE A LA RECONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL ESTADO SOCIAL	275
Fernando Pérez Domínguez	
UNA RESPONSABILIZZAZIONE SOCIALE PER L'EUROPA.....	297
Marta Caredda	
LE PROSPETTIVE DI TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO EUROUNITARIO IN PREVISIONE DELL'ADESIONE DELL'UE ALLA CEDU.....	317
Francesca Polacchini	
LA CARTA SOCIALE EUROPEA PRESA SUL SERIO.....	337
Claudio Panzera	
LA PROTEZIONE DEI DIRITTI SOCIALI ATTRAVERSO IL PRISMA DELLA CRISI. RIFLESSIONI SUL CASO PORTOGHESE E SPUNTI DI COMPARAZIONE CON QUELLO ITALIANO.....	357
Caterina Drigo	
EUROPEAN CITIZENSHIP AND SOCIAL RIGHTS: AN ASSESSMENT THROUGH HEALTH PROTECTION.....	383
Marco Inglese	
L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI DEI RICHIEDENTI ASILO: IL RUOLO DELL'EASO.....	397
Irene Grifó	

PARTE 2

El territorio: los dilemas de la ampliación a nuevos Estados y de la regionalización	
Il territorio: il dilemma sull'allargamento ai nuovi Stati e il ruolo delle autonomie regionali	
LAS TENSIONES TERRITORIALES EN LA UNIÓN EUROPEA.....	413
Antonio Pérez Miras	
A) Problemáticas ante la cuestión territorial	423
A) Problematiche sulla questione territoriale	423
RETOS DE LOS NACIONALISMOS EN LA EUROPA DE LAS REGIONES	425
Alberto Jiménez-Piernas García	
LE ISTANZE INDIPENDENTISTE NELL'UNIONE EUROPEA	449
Tanja Cerruti	

IL RECESSO DEGLI STATI DALL'UNIONE: EFFETTIVA POSSIBILITÀ O PREVISIONE MERAMENTE... ANSIOLITICA?	469
Ilario Nasso	
L'UNIONE EUROPEA E IL RUOLO DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE REGIONALI E LOCALI	491
Benedetta Vimercati	
REDIMENSIONALIZACIÓN COMPETENCIAL Y MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PROVINCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.	511
Luis Miguel García Lozano	
B) Análisis particualres de Estados miembros	529
B) Analisi particolari sugli Stati membri.....	529
LE REGIONI A STATUTO SPECIALE NEL QUADRO DEI RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA	531
Luca Fanotto	
TRA SCILLA E CARIDDI: LE REGIONI TRA CRISI E RIFORME.	549
Francesca Minni	
LE SENTENZE 198/2012 E 35/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SUL NUMERO DEI CONSIGLIERI REGIONALI TRA VINCOLI DI BILANCIO E AUTONOMIA TERRITORIALE: UN BILANCIAMENTO DIFFICILE?	577
Gianluca Marolda	
LA 6ª REFORMA DEL ESTADO EN BÉLGICA – ¿UN PROBLEMA O UNA SOLUCIÓN?	599
José Miguel Martín Rodríguez	
HACIA UNA “FEDERALIZACIÓN” DE ESPAÑA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN.....	613
Sonsoles Arias Guedón	

PARTE 3

La ciudadanía: la persona y el reconocimiento y tutela de sus derechos

La cittadinanza: persona, riconoscimento e tutela dei diritti

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO.....	631
Germán M. Teruel Lozano	

A) Ciudadanía en el proceso de integración europea.....

A) La cittadinanza nel processo di integrazione europea

CITTADINANZA ECONOMICA, CITTADINANZA, SOCIALE E CITTADINANZA EUROPEA: CONSIDERAZIONI E PARADOSSI.....	643
---	-----

Chiara Edvige Caterina Camposilvan

THE FUTURE OF INDIVIDUALS IN THE EUROPEAN UNION: THE EVER DEAR MARKET CITIZEN.....	669
Gracy Pelacani	
CITTADINI, A QUALE COSTO? IL RAPPORTO TRA LE FORME DI INVESTOR-CITIZENSHIP E L'ASSETTO DEMOCRATICO EUROPEO. .	685
Claudio Di Maio	
KOINÈ COSTITUZIONALE E CITTADINANZA EUROPEA. LA LUNGA STRADA DELLA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA.....	703
Ilaria Del Vecchio	
CIUDADANÍA “POST-NACIONAL” E IDENTIDAD EUROPEA: LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA	725
Leyre Burguera Ameave	
B) El diálogo judicial en el espacio europeo sobre derechos	745
B) Il dialogo giudiziario nello spazio europeo dei diritti	745
PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO	747
M. Olaya Godoy	
LA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA NEL DIALOGO TRA CORTI: "EPIFANIE" DI UNA UNIONE DAI TRATTI ANCORA INDEFINITI.....	763
Antonia Baraggia	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y <i>JUDICIAL REVIEW</i> : EL RENOVADO CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA	781
Carmen Montesinos Padilla	
Ángel Aday Jiménez Alemán	
I DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIALOGO TRA CORTI, UNA COSTITUZIONE <i>IN FIERI</i> ?	801
Valentina Capuozzo	
IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E LA VOCAZIONE COSTITUZIONALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA	819
Stella Romano	
IL PRIMO RINVIO PREGIUDIZIALE DEL <i>CONSEIL CONSTITUTIONNEL</i> : SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI INTERAZIONI DIALOGICHE TRA CORTI E DI TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI.....	837
Chiara Sorbello	
C) La tutela de derechos: problemas concretos.....	857
C) La tutela dei diritti: casi e problemi.....	857
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS ESTÁNDARES EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	859
Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano	

IL DIRITTO ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE.....	877
Michele Gradoli	
I DIRITTI DELLA FAMIGLIA E DEI SUOI COMPONENTI NELLA VISIONE EUROPEA.....	899
Manuel Giacomazzi	
TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE, INSTRUMENTOS DE MERCADO Y UNIÓN EUROPEA	921
María del Carmen Cámara Barroso	
INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA INTERPRETACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL.....	937
Francisco De Asis Gonzalez Campo	
LA AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA MEDIANTE CONSULTA POPULAR POR VÍA DEL REFERÉNDUM, EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	957
Francisco Javier Sanjuán Andrés	

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRÓLOGO

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

PRESENTACIÓN

Íñigo A. Navarro Mendizábal

PRESENTAZIONE

Íñigo A. Navarro Mendizábal

NOTA DE LOS DIRECTORES

NOTA DEI CURATORI

PARTE 1

EL PODER: La forma político-constitucional de Europa, el gobierno de la economía y la sostenibilidad en la 'sociedad del bienestar'

IL POTERE: La forma politico-costituzionale dell'Europa, il governo dell'economia e la sostenibilità nella 'società del benessere'

Il potere: la forma politico-costituzionale dell'Europa, il governo dell'economia e la sostenibilità nella "società del benessere"

Edoardo C. Raffiotta

A) Forma de gobierno y proceso de integración europea

A) Forma di governo e processo di integrazione europea

QUO VADIS EUROPA?

Luca Di Majo

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Premessa.

2.- Il lungo cammino "europeizzante".

3.- Di quanta Europa abbiamo bisogno? Un diverso (ma fondamentale) approccio europeista.

4.- Quo vadis Europa?

Riferimenti bibliografici

OLTRE LE "FORME DI GOVERNO". APPUNTI IN TEMA DI "ASSETTI DI ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE" DELL'UNIONE EUROPEA

Renato Ibrido

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Il problema dei concetti nella UE

2.- Il concetto di "forma di governo" come caso paradigmato di "path dependency"

3. La compenetrazione osmotica fra gli assetti di organizzazione costituzionale della UE e quelli degli stati membri
 4. Un sistema parlamentare euro-nazionale a configurazione complessa?
 5. La UE come assetto di organizzazione costituzionale collaborativo
 - 6.- Verso una conclusione
- Riferimenti bibliografici degli autori citati

LOS EFECTOS SECUNDARIOS DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS: APUNTES SOBRE LA AFECTACIÓN DE SUS FUNCIONES Y DE LOS PROCESOS DECISORIOS

Sabrina Ragone

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción.

2.- El “marco constitucional” de la UE (notas preliminares).

3.- Los efectos sobre el proceso decisorio: ejemplos representativos.

4.- Los efectos sobre el papel de las instituciones: ejemplos representativos.

5.- Conclusiones: ¿con las glorias se olvidan las memorias?

Referencias bibliográficas.

QUO VADIS EUROPA? LA DEGENERAZIONE POPULISTICA UNGHERESE TRA CRISI ECONOMICA E CRISI COSTITUZIONALE

Fausto Vecchio

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Quo vadis, Ungheria?

2. L'ortodossia economica e il suicidio politico della coalizione tra socialisti e liberali

3. L'eterodossia economica e il successo di FIDESZ

4. Quo vadis, Europa?

Bibliografia

ECLIPSE OF THE GOLDEN DAWN. THE CONSTITUTIONAL CONUNDRUM OF THE CASE AGAINST THE GREEK NEO-NAZIS

Evangelos Liaras

Abstract in English

Resumen en español

Abstract in italiano

1.- Introduction

2.- Background: the Greek far right in the 21th century

3.- Meander and Swastika

4.- Banning the Golden Dawn

5.- Conclusion

References

DIRECT DEMOCRACY AND THE PROHIBITION OF THE BINDING MANDATE

Elena Falletti

Abstract in English

Resumen en español

Abstract in italiano

1. Introduction

2. The constitutional prohibition of the binding mandate

3. M5S' proposal on political choices and direct democracy.

4. Direct democracy, proportionality and accountability to the voters.

5.- Conclusion

Bibliography

IL CONCETTO DI ESSENZIALITÀ, CRITERIO PER LA TASSONOMIA DEGLI ATTI GIURIDICI EUROPEI E SCHEMA DELLA DIVISIONE DEI POTERI TRA ISTITUZIONI DELLA COSTELLAZIONE POST-NAZIONALE

Giuliano Vosa

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- “Nuovi elementi essenziali”, ultimo approdo di un articolato itinerario concettuale.

2.- Alle radici della “essenzialità”: “difficile conciliabilità” e “sensibilità della materia”.

3.- Da “oggettivo-soggettivo” a “statico-dinamico”: la dottrina dell'essenzialità al confine della sedimentazione delle norme sulla normazione.

Bibliografia essenziale.

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y NACIONALES EN EL PROCESO DE AMPLIACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Ana Tomás López

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1. Introducción

2.- El respeto a los derechos de las minorías étnicas y nacionales como precondition para el acceso a la Unión Europea

2.1.- Los Países de Europa Central y del Este

2.2.- Los Países de Europa Sudoriental: La zona balcánica

3.-La acción exterior de la UE

3.1.- Los Estados ACP: La protección de las minorías nacionales en el contexto de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la Política de Cooperación con Terceros países

- 4.- Unas reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE

Paula García Andrade

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción

2. La configuración del principio de subsidiariedad y su posible aplicación a la acción exterior de la UE

3.- Las particularidades del ejercicio de competencias externas de la UE y sus efectos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad

3.1.- La confusión entre existencia y naturaleza de las competencias externas implícitas

3.2.- El criterio de necesidad

3.3.- El excesivo recurso a la figura de los acuerdos mixtos

4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas

B) Gobierno de la economía y sostenibilidad financiera

B) Governo dell'economia e sostenibilità finanziaria

IL PRINCIPIO DI CONDIZIONALITÀ NELLA CRISI DELL'ORDINE DI MAASTRICHT

Federico Losurdo

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione. I pilastri dell'ordine di Maastricht

2.- La codificazione del principio di condizionalità

3.- L'interpretazione dei custodi del processo d'integrazione

4.- La solidarietà finanziaria condizionata

5.- Stati creditori vs Stati debitori nel diritto della crisi

Riferimenti bibliografici

LA SOVRANITÀ "LIMITATA" DI BILANCIO COME PRINCIPIO SUPREMO. PRIMI APPUNTI SU DUE CONCETTI AMBIGUI A MARGINE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE TEDESCA

Federico Pedrini

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Premessa

2.- Problemi definitivi

2.1.- 'Principi supremi'

2.2.- 'Sovranità di bilancio'

- 3.- Metodologie e prove tecniche di qualificazione
 - 3.1.- La sovranità di bilancio come principio supremo: un'ammissione quasi tautologica?
 - 3.2.- Alla difficile ricerca dei criteri tra "procedura" e vincoli "sostanziali"
 - 3.2.1.- Principio democratico e coinvolgimento del *Bundestag* nel processo decisionale bilancistico
 - 3.2.2.- Oltre la procedura
 - 4.- La sovranità "limitata" di bilancio come principio supremo fra ordinamenti nazionali e integrazione europea
- Riferimenti bibliografici

LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: QUALE MODELLO DI GESTIONE?

Maria Antonella Gliatta

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

- 1.- Introduzione
 - 2.- L'equilibrio costituzionale fra pubblico e privato.
 - 3.- Trend di legislazione: la concorrenza per e nel mercato
 - 4.- Focus su una disciplina di settore: i rifiuti solidi urbani
 - 4.1.- Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti in materia ambientale come deroga alla concorrenza.
 - 5.- Conclusioni
- Bibliografia

L'IMPULSO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA RIORGANIZZAZIONE DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO NAZIONALE: GLI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO.

Federico Laus

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1. I vincoli comunitari agli ordinamenti nazionali
 - 1.1. L'impulso dell'Unione Europea nella riorganizzazione della Pubblica Amministrazione
 2. La collaborazione pubblico privata
 - 2.1. I principi dei Trattati
 - 2.2. L'applicazione nell'ordinamento nazionale italiano e spagnolo
- Bibliografia

EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN FORAL COMO UN EJEMPLO DE DESCENTRALIZACIÓN FINANCIERA ASIMÉTRICA VIABLE EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA

Jokin Babaze Aizpurua

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción

2.- El régimen foral como sistema de descentralización fiscal asimétrica

3.- El régimen foral en el derecho interno español

4.- El Régimen Foral en la Unión Europea

5.- La participación de los Territorios Históricos del País Vasco en la actividad normativa de la Unión Europea

Bibliografía

C) Estado del bienestar

C) Stato del benessere

LA APORTACIÓN DE LA UE A LA RECONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL ESTADO SOCIAL

Fernando Pérez Domínguez

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción: la necesaria evolución del Estado Social y el lastre del eterno debate dogmático sobre los derechos sociales.

2.- La aportación de la Unión Europea I. La vía tradicional: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3.- La aportación de la Unión Europea II: tendencias innovadoras en la articulación práctica del Estado Social (La política de empleo como referente).

4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas

UNA RESPONSABILIZZAZIONE SOCIALE PER L'EUROPA

Marta Caredda

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

Introduzione

1.- Gli sviluppi della governance economica e l'impegno sociale in Europa.

2.- Dai sintomi ai rimedi.

3.- I problemi della rappresentanza democratica e l'iniziativa del cittadino europeo.

Riferimenti bibliografici

LE PROSPETTIVE DI TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO EUROUNITARIO IN PREVISIONE DELL'ADESIONE DELL'UE ALLA CEDU.

Francesca Polacchini

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione.

2.- La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema diritto di sciopero e di contrattazione collettiva: l'asimmetria tra principi che presiedono alla costruzione del mercato europeo e autonomia dei sistemi costituzionali nazionali.

3.- Una incursione nell'ordinamento costituzionale interno: la decisione del Costituente di fondare sul lavoro la Repubblica democratica.

4.- La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia sindacale.

5.- Prospettive evolutive: l'adesione dell'UE alla CEDU.

5.1.- *Taking norms seriously*: le nuove opportunità ermeneutiche offerte dal Trattato di Lisbona.

5.2.- Il recupero di un rapporto virtuoso di complementarietà tra mercato e diritti collettivi a tutela del lavoro.

6.- Considerazioni conclusive.

Riferimenti bibliografici.

LA CARTA SOCIALE EUROPEA PRESA SUL SERIO

Claudio Panzera

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Carta sociale europea e "indivisibilità" dei diritti fondamentali

2.- Punti di forza di un sistema di controllo apparentemente debole

3.- Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali in tre casi emblematici: una voce fuori dal coro

4.- Conclusioni

Riferimenti bibliografici

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI SOCIALI ATTRAVERSO IL PRISMA DELLA CRISI. RIFLESSIONI SUL CASO PORTOGHESE E SPUNTI DI COMPARAZIONE CON QUELLO ITALIANO

Caterina Drigo

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- L'impatto multilivello della crisi

1.1.- Premesse

1.2 Portogallo e Italia: simmetrie e dissonanze nella gestione della crisi

2.- Gli equilibrismi del TC portoghese. La difficile tutela del nucleo fondamentale dei diritti sociali quando in campo vi sono risorse non più disponibili.

2.1.- Quadro d'insieme

2.2.- Le prime risposte del giudice costituzionale

- 2.3.- La svolta del 2013
- 2.4.- Fil rouge delle decisioni
- 3. Riflessioni conclusive
- Riferimenti bibliografici

EUROPEAN CITIZENSHIP AND SOCIAL RIGHTS: AN ASSESSMENT THROUGH HEALTH PROTECTION

Marco Inglese

Abstract in English

Abstract in italiano

Resumen en español

1.- Introduction

2.- The European social citizenship

3.- The multilevel health protection: the EU vs the MSs dimension

4.- Application and enforcement of social rights: the health example

L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI DEI RICHIEDENTI ASILO: IL RUOLO DELL'EASO.

Irene Grifó

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione.

2.- La cooperazione pratica dell'Easo: una mera raccolta di dati?

3.- Il controllo degli interventi dell'Easo.

4.- Le strategie di lavoro dell'Easo de iure condendo.

5.- Conclusioni.

Riferimenti bibliografici

PARTE 2

El territorio: los dilemas de la ampliación a nuevos Estados y de la regionalización

Il territorio: il dilemma sull'allargamento ai nuovi Stati e il ruolo delle autonomie regionali

LAS TENSIONES TERRITORIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Antonio Pérez Miras

A) Problemáticas ante la cuestión territorial

A) Problematiche sulla questione territoriale

RETOS DE LOS NACIONALISMOS EN LA EUROPA DE LAS REGIONES

Alberto Jiménez-Piernas García

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

Introducción

- 1.- La autodeterminación como fenómeno socio-histórico y jurídico-internacional
 - 2.- Estrategias nacionalistas en la Europa de las Regiones: límites y perspectivas
 - 3.- Algunas observaciones finales
- Referencias Bibliográficas

LE ISTANZE INDIPENDENTISTE NELL'UNIONE EUROPEA

Tanja Cerruti

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

- 1.- Il risveglio di moti secessionisti in Europa.
 - 2.- La definizione dei rapporti fra l'Unione europea e gli Stati risultanti dalla disgregazione di un suo Stato membro.
 - 3.- La rappresentanza degli Stati e dei cittadini nell'Unione europea.
- Riferimenti bibliografici

IL RECESSO DEGLI STATI DALL'UNIONE: EFFETTIVA POSSIBILITÀ O PREVISIONE MERAMENTE... ANSIOLITICA?

Ilario Nasso

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

- 1.- Introduzione.
 - 2.- La natura giuridica dell'Unione, i suoi elementi (pre-)federali e le relative implicazioni.
 - 3.- L'incidenza dell'Unione sui processi istituzionali interni agli Stati: il "Caso Italia".
 - 4.- L'art. 50 del Trattato sull'Unione europea: una formulazione volutamente ambigua?
 - 5.- Il recesso dall'Unione al cospetto dell'art. 117, I c., della Costituzione italiana: alcuni conclusivi spunti di riflessione.
- Riferimenti bibliografici.

L'UNIONE EUROPEA E IL RUOLO DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE REGIONALI E LOCALI

Benedetta Vimercati

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

- 1.- Dal caso concreto alla riflessione teorica.
- 2.- Le innovazioni portate dal Trattato di Lisbona e il coinvolgimento delle assemblee legislative regionali e locali: a double centralizing effect.
- 3.- Un multilevel government europeo di stampo pluralista.
- 4.- L'ordinamento italiano e la legge n. 234 del 2012.

5.- Suggestioni dalla comparazione: verso nuovi traguardi nel processo di integrazione europea.

Riferimenti bibliografici.

REDIMENSIONALIZACIÓN COMPETENCIAL Y MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PROVINCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

Luis Miguel García Lozano

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción.

2.- Simplificación administrativa. Recomendaciones de la Unión.

3.- La Reforma Administrativa en la Unión Europea. Análisis de los casos más importantes.

3.1 El caso de la federación alemana.

3.2 La redistribución competencial española.

3.3 La reciente reforma italiana.

3.4 La reducción francesa del gobierno Holland.

4.- Conclusiones.

Bibliografía consultada.

B) Análisis particulares de Estados miembros

B) Anali si particolari sugli Stati membri

LE REGIONI A STATUTO SPECIALE NEL QUADRO DEI RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Luca Fanotto

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Dalla “cecità” alla “visibilità” del ruolo delle Regioni nella logica di multilevel government dell'Unione europea.

2.- La c.d. fase ascendente.

2.1.- La partecipazione diretta.

2.2.- La partecipazione indiretta.

2.3.- Le Regioni a statuto speciale nella fase ascendente del processo normativo dell'Unione: aspetti organizzativi e procedurali e casi di effettiva partecipazione.

3.- La c.d. fase discendente.

3.1.- Le Regioni a statuto speciale nella fase discendente del processo normativo dell'Unione: aspetti organizzativi e procedurali e casi effettivi di attuazione del diritto europeo.

4.- Considerazioni di sintesi.

Riferimenti bibliografici

TRA SCILLA E CARIDDI: LE REGIONI TRA CRISI E RIFORME.

Francesca Minni

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1. La lunga marcia delle Regioni.

2.- La crisi delle Regioni

3.- Lavori in corso: una nuova stagione delle riforme?

3.1.- L'equilibrio di bilancio

3.2.- Le "riforme" della Corte costituzionale

3.3.- Il ddl di riforma costituzionale

4.- Dove vanno le Regioni?

Opere citate

LE SENTENZE 198/2012 E 35/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SUL NUMERO DEI CONSIGLIERI REGIONALI TRA VINCOLI DI BILANCIO E AUTONOMIA TERRITORIALE: UN BILANCIAMENTO DIFFICILE?

Gianluca Marolda

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione

1.1.- Il Titolo V della Costituzione alla prova della crisi economico-finanziaria

2.- Il punctum dolens dell'autonomia statutaria regionale: il problema della forma di governo regionale ex art.123 Costituzione nelle sentenze 198/2012 e 35/2014 della Consulta

2.1.- La *Governance* economico-finanziaria dell'UE e il problema del "coordinamento della finanza pubblica" ex art.117, comma 3, Costituzione

2.2.- Il limite della "armonia" con la Costituzione ex art.123

3.- Il ruolo delle Regioni nel "federalising process" europeo: un depotenziamento continuo

Riferimenti bibliografici

LA 6ª REFORMA DEL ESTADO EN BÉLGICA – ¿UN PROBLEMA O UNA SOLUCIÓN?

José Miguel Martín Rodríguez

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción

2.- La Unión Europea, un conglomerado de Estados heterogéneos

3.- La configuración federal de Bélgica y sus tensiones internas

4.- La 6ª Reforma del Estado, ¿un nuevo problema o una solución?

5.- Conclusiones

Referencias bibliográficas

HACIA UNA “FEDERALIZACIÓN” DE ESPAÑA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

Sonsoles Arias Guedón

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Planteamiento actual de la cuestión. Evolución del Estado autonómico español

2.- La República Federal de Alemania hoy en día, como modelo federal por antonomasia en Europa

2.1.- Principios constitucionales de su organización territorial.

2.2.- Las Constituciones de los *Länder*.

3.- A la luz del modelo federal alemán y del imparable proceso de integración europea ¿Es posible una federalización de España?

Referencias bibliográficas

PARTE 3

La ciudadanía: la persona y el reconocimiento y tutela de sus derechos

La cittadinanza: persona, riconoscimento e tutela dei diritti

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Germán M. Teruel Lozano

1.- El papel de los derechos fundamentales en la progresiva constitucionalización del proceso de integración europea.

2.- Ciudadanía y derechos de la persona en el espacio constitucional europeo.

3.- Apuesta por la consolidación de una integración federal en el marco de un Derecho constitucional europeo.

Bibliografía

A) Ciudadanía en el proceso de integración europea

A) La cittadinanza nel processo di integrazione europea

CITTADINANZA ECONOMICA, CITTADINANZA, SOCIALE E CITTADINANZA EUROPEA: CONSIDERAZIONI E PARADOSSI

Chiara Edvige Caterina Camposilvan

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione

2.- La nozione di cittadinanza in generale, il cammino verso la cittadinanza europea

3.- Nozione di cittadinanza economica e legami con la concezione liberale

3.- La cittadinanza sociale e la sua conquista

4.- Conclusioni

Riferimenti Bibliografici

THE FUTURE OF INDIVIDUALS IN THE EUROPEAN UNION: THE EVER DEAR MARKET CITIZEN.

Gracy Pelacani

Abstract in English

Abstract in italiano

Resumen en español

1.- Introduction.

2.- Third-country national legal migrants' statuses and the Union citizenship.

3.- The no-revolution of the CJEU case law on the Union citizenship.

4.- Conclusions.

References.

CITTADINI, A QUALE COSTO? IL RAPPORTO TRA LE FORME DI *INVESTOR-CITIZENSHIP* E L'ASSETTO DEMOCRATICO EUROPEO.

Claudio Di Maio

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione

2.- Cittadinanza, residenza e legami: alcuni aspetti teorici e interpretativi

3.- Le forme di Investor Citizenship: non solo residenza, non solo cittadinanza

4.- Considerazioni conclusive

Riferimenti bibliografici

KOINÈ COSTITUZIONALE E CITTADINANZA EUROPEA. LA LUNGA STRADA DELLA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA

Ilaria Del Vecchio

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Premessa: il ruolo dei diritti fondamentali nell'integrazione europea

2.- *Koinè* costituzionale europea: fondamenti e nessi logici

3.- L'apporto della Corte di Giustizia europea e lo "strumento" della cittadinanza europea

4.- Miglioramenti sono ancora possibili

5.- Conclusioni

Riferimenti bibliografici

CIUDADANÍA "POST-NACIONAL" E IDENTIDAD EUROPEA: LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA

Leyre Burguera Ameave

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción

2.- La participación como fundamento de la ciudadanía europea

3.- Configuración normativa e implementación de la Iniciativa ciudadana europea

4.- Consideraciones críticas y retos de futuro

5.- A modo de conclusión

Referencias bibliográficas

B) El diálogo judicial en el espacio europeo sobre derechos

B) Il dialogo giudiziario nello spazio europeo dei diritti

PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO

M. Olaya Godoy

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción

2.- Sistemas europeos de protección de derechos fundamentales: fuentes

3.- Influencias recíprocas en los sistemas europeos de protección de derechos fundamentales: diálogo entre el TJ y el TEDH

3.1. Origen del diálogo jurisdiccional: el TJ como parte activa

3.2. Influencia de la CDFUE en la interpretación del CEDH: el TEDH como parte receptora

3.3. Respeto y observancia del CEDH en la UE: el TEDH como órgano de garantía

3.4. Consolidación del sistema de la UE: posición del TJ ante el caso *Melloni*

4.- Síntesis conclusiva

Referencias bibliográficas

LA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA NEL DIALOGO TRA CORTI: "EPIFANIE" DI UNA UNIONE DAI TRATTI ANCORA INDEFINITI

Antonia Baraggia

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione

2.- L'Unione Europea come human rights organization?

3.- Akerberg Fransson e Melloni: i confini della tutela dei diritti fondamentali – atto primo

4.- Karlsruhe, Londra e Madrid: la risposta delle Corti supreme nazionali

5.- Ymeraga e Siragusa: i confini della tutela dei diritti fondamentali –
atto secondo

6.- Brevi considerazioni conclusive.

Riferimenti Bibliografici

DERECHOS FUNDAMENTALES Y *JUDICIAL REVIEW*: EL RENOVADO CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA

Carmen Montesinos Padilla

Ángel Aday Jiménez Alemán

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción

2.- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la
“reafirmación” de los principios generales

3.- Nuevas dificultades

4.- Conclusiones

Referencias bibliográficas

I DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIALOGO TRA CORTI, UNA COSTITUZIONE *IN FIERI?*

Valentina Capuozzo

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Unitarietà costituzionale europea e tutela dei diritti fondamentali:
l’“integrazione mediante il diritto”.

2.- Rinvio pregiudiziale e integrazione europea.

2.1.- Le recenti evoluzioni giurisprudenziali sul rinvio pregiudiziale:
una valorizzazione applicativa.

3.- Dialogo tra Corti e Costituzione europea.

Riferimenti bibliografici

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E LA VOCAZIONE COSTITUZIONALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Stella Romano

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Premessa

2. Il diritto alla vita privata e la declaratoria di invalidità della direttiva
2006/24/CE alla luce dell’art. 52.1 della Carta di Nizza

3. La vocazione costituzionale della Corte di giustizia nell’applicazione
del parametro di proporzionalità: una visione d’insieme

4.- Conclusioni.

Riferimenti bibliografici

IL PRIMO RINVIO PREGIUDIZIALE DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI INTERAZIONI DIALOGICHE TRA CORTI E DI TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

Chiara Sorbello

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Premessa

2.- Il quadro normativo ed il quadro fattuale

3.- (segue): la sentenza del 30 maggio 2013 della CGUE e la successiva declaratoria di incostituzionalità del Conseil constitutionnel

4.- Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel nell'ambito di una "pacification potentielle" dei rapporti interordinamentali

5.- Considerazioni conclusive

Riferimenti bibliografici

C) La tutela de derechos: problemas concretos

C) La tutela dei diritti: casi e problemi

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS ESTÁNDARES EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.-Introducción: Tribunal de Justicia y estándares de protección de los derechos fundamentales

2.-El Tribunal de Justicia y los derechos de la personalidad

2.1.-Jurisdicción y protección del honor: Shevill

2.2.-Jurisdicción, honor, intimidad y propia imagen en internet: eDate Advertising y Olivier Martínez

3.-El Tribunal de Justicia y la protección de datos de carácter personal

3.1.-Publicidad in consentida de datos personales: Lindqvist y

Satakunnan

3.2.-Reputación y olvido digital: Google Spain

4.-Tres concisas conclusiones

Referencias bibliográficas

IL DIRITTO ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE

Michele Gradoli

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1.- Introduzione

2.- La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue in materia di libertà di circolazione e di soggiorno

2.1.- Un nuovo approccio per la promozione della libera circolazione dei cittadini dell'Unione

2.2.- Libertà di circolazione e coesione sociale

3.- Conclusioni

Riferimenti bibliografici

I DIRITTI DELLA FAMIGLIA E DEI SUOI COMPONENTI NELLA VISIONE EUROPEA

Manuel Giacomazzi

Abstract in italiano

Resumen en español

Abstract in English

1. Premessa. La famiglia nel diritto internazionale e dell'Unione Europea.

2. I principi Europei nel diritto di famiglia.

3. Le nuove realtà famigliari.

3.1 La situazione italiana

4. Famiglia e filiazione

4.1 La filiazione nel diritto dell'Unione Europea

4.2.- Il nuovo status di figlio nell'ordinamento italiano.

5. Conclusioni

Bibliografia.

TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE, INSTRUMENTOS DE MERCADO Y UNIÓN EUROPEA

María del Carmen Cámara Barroso

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- La protección del medio ambiente y el artículo 45 de la Constitución Española

2.- La utilización del sistema fiscal con fines de protección medioambiental

3.- Los principios inspiradores de la política ambiental de la Unión Europea ante el mercado único o interior

4.- La idoneidad de los instrumentos fiscales para su utilización en la protección del medio ambiente

Bibliografía

INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA INTERPRETACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Francisco De Asis Gonzalez Campo

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Introducción.

2.- La sucesiva reformulación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho procesal por el derecho comunitario.

3.- Breve comentario ad exemplum de algunas recientes vías de influencia.

4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas

LA AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA MEDIANTE CONSULTA POPULAR POR VÍA DEL REFERÉNDUM, EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Francisco Javier Sanjuán Andrés

Resumen en español

Abstract in italiano

Abstract in English

1.- Antecedentes y contexto de la segunda reforma de la Constitución Española de 1978

2.- El proceso de la segunda reforma constitucional en sede parlamentaria

2.1.- Congreso

2.2.- Senado

3.- La aprobación de la segunda reforma constitucional sin ratificación mediante consulta popular

3.1.- Una reforma con abrumador respaldo parlamentario y sin apoyo de la ciudadanía

3.2.- Los déficits democráticos de la reforma del artículo 135 de la Constitución

3.3.- La opción del artículo 167.3 de la Constitución para la ratificación de la reforma del artículo 135

4.- Consideraciones finales

Bibliografía

PRÓLOGO

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Magistrado del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho Constitucional

Escribo estas líneas a petición de los directores y lo hago con mucho gusto porque es fácil presentar el libro que con su iniciativa y esfuerzo han conseguido que vea la luz.

No es la primera vez que logran estimular a un amplio número de autores para que afronten cuestiones relevantes de actualidad y las plasmen en textos cuya reunión nos ofrece un examen riguroso del asunto elegido. Asimismo, han vuelto a ser capaces de encontrar editores que pongan a disposición de todos los interesados la obra colectiva. No es un empeño fácil hoy en día, como saben bien quienes desde las Universidades y los centros de investigación tratan de ver impresos los frutos de su trabajo, y que lo hayan conseguido significa, de un lado, que la obra merece la pena y, del otro que, efectivamente, tienen la virtud de saber hacérselo ver a los responsables de las editoriales. Por tanto, me parece obligado dejar constancia del elogio que merecen por su sana inquietud, su envidiable dinamismo y su eficaz actividad promotora.

En esta ocasión, han sido los desafíos del constitucionalismo ante la integración europea los que han merecido su atención. Y se han ocupado de ellos jóvenes investigadores, entre los que se cuentan los directores, que se forman en Universidades españolas e italianas.

Fácilmente se advierte que no es tarea sencilla adentrarse en esa materia. La Unión Europea en que ha fraguado el proceso de integración iniciado a mediados del pasado siglo es en sí misma una realidad sumamente compleja. La manera en que los Estados se han integrado en ella, la relación en la que se hallan con el ordenamiento y las instituciones europeas, el distinto peso de unos y otros miembros, la complicada maquinaria de la que se sirve, las diferencias que existen entre las sociedades estatales y el diverso grado en que se identifican con el ideal integrador encarnado por la Unión, le atribuyen unas características muy singulares. El debate sobre su naturaleza y sobre la novedad que representa en el contexto de las organizaciones internacionales o en relación con las formas de unión de Estados conocidas con anterioridad pone de manifiesto esa complejidad. Y, naturalmente, esto supone, a la hora del análisis de cualquiera de estos aspectos, dificultades añadidas a las habituales en todo estudio en cuyo objeto los elementos jurídicos se encuentran condicionados por el contexto político en que se mueven y por intensos cambios económicos y sociales que les afectan.

Afrontar hoy en día los desafíos del constitucionalismo ante la integración europea supone, primero, ser consciente de las tendencias de signo opuesto que se agitan en el interior de la Unión en torno a esa integración en estos momentos y de las razones a las que obedecen. Exige, en efecto, indagar cuáles son las que abogan por

intensificarla y cuáles las que aspiran a limitarla cuando no a reducirla o, incluso, a ponerle fin. Y requiere identificar los factores de variada naturaleza que las impulsan y los efectos sobre ellos de la crisis económica general en la que nos hallamos inmersos.

También, significa atender a los difíciles procedimientos de decisión de que se sirve la Unión Europea, los cuales no siempre le permiten responder con la agilidad necesaria a las dificultades a las que se enfrenta. Asimismo, implica advertir las insuficiencias que aquejan a los actuales circuitos de representación y a los mecanismos de exigencia de responsabilidad política por la actuación de los órganos de la Unión. Unos y otros se resienten por diversos factores entre los que se pueden contar la muy distinta influencia de unos países frente a los demás y la distancia a la que se encuentran las instituciones y, en particular, la Comisión y el Consejo Europeo y el Consejo pero también el Parlamento, de los ciudadanos sobre los que recaen los efectos de decisiones tomadas en Bruselas o Estrasburgo, ciudadanos que, por otro lado, no encuentran medios funcionales para oponerse eficazmente a ellas antes de que se adopten o para demandar la responsabilidad política de quienes consideren que les han defraudado.

Igualmente, su posición en el conflictivo por tantas razones escenario internacional es fuente de retos de gran magnitud para la Unión Europea que no se pueden ignorar. No se trata solamente de que se deba fortalecer su capacidad de decisión en ese plano, para lo que antes habrá de identificar con claridad los intereses que ha de defender y, después, crear las condiciones precisas para hacerlos valer. Sucede, además, que del exterior proceden problemas de extraordinaria gravedad a los

que debe hacer frente. Es el caso de las consecuencias derivadas de los enfrentamientos armados que existen en muchos lugares del mundo, una de las cuales es la llegada a las puertas de la Unión de innumerables personas que aspiran a encontrar en ella refugio. Se unen así, en circunstancias dramáticas y condiciones a menudo extremas a los que buscan en Europa las oportunidades y el bienestar que no encuentran en sus países. Este fenómeno se suma a los movimientos de población provocados por el desigual reparto de la riqueza en el mundo que han traído desde hace años y siguen trayendo cada vez más oleadas de inmigrantes a sociedades europeas antes étnica y socialmente homogéneas y han provocado cambios notables en ellas haciéndolas más diversas y plurales aunque, también hayan originado problemas de convivencia previamente desconocidos. Y ocurre que hay quienes, pese a vivir y trabajar desde hace tiempo en la Unión Europea, no poseen el status de ciudadanía.

Tampoco se puede ignorar que la grave crisis económica en la que todavía permanecemos inmersos y la dirección política trazada por la Unión Europea para superarla han producido efectos de notable impacto en los Estados miembros. La estabilidad presupuestaria, la reducción del déficit y la austeridad, ejes principales de esa orientación asumida por Bruselas, han condicionado, cuando no determinado, la acción de los Gobiernos pero, al mismo tiempo, la aplicación de esas directrices ha levantado amplias protestas en los Estados más intensamente afectados sin que la reactivación de la economía lograda haya sido suficiente para recuperar empleos de calidad, reducir las grandes bolsas de desocupados, especialmente jóvenes, y, en general, superar las nuevas formas de desigualdad aparecidas en los últimos años.

Todos estos elementos, en la medida en que convergen sobre el presente y el futuro del proceso de integración europea comportan unos perfiles nuevos que intensifican las dificultades que tiene por delante y complican la búsqueda de soluciones viables.

La anterior es una relación incompleta de problemas que aquejan a la Unión Europea y que, naturalmente, requieren respuestas desde su propio ordenamiento e ilustra sobre la magnitud del esfuerzo que sus instituciones, sus Estados miembros y sus ciudadanos tienen ante sí para ofrecerlas. En este punto, el constitucionalismo, entendido como el conjunto de ideas que propugnan organizar el poder político con arreglo a técnicas jurídicas que lo limiten para asegurar los derechos las personas sobre las que se ejerce, debe ofrecer ideas para resolverlos o, si no, para afrontarlos de la mejor manera posible o de la menos mala.

Este libro se aproxima a ese objetivo desde tres perspectivas, cada una de las cuales constituye una de sus partes: la primera contempla el Poder, la segunda mira al Territorio y la tercera se ocupa de la Ciudadanía. Se trata de un enfoque que podríamos considerar típico pues atiende a los tres elementos esenciales de toda forma de organización política aunque, en vez de seguir el orden habitual que se suele encontrar en los manuales para explicarlos, antepone al poder. Es razonable esa opción pues atiende a la realidad de la existencia de la Unión Europea, de su ordenamiento jurídico y de sus instituciones y de las relaciones que traban con los Estados y con los ciudadanos. La Unión Europea, aunque siga en construcción y provoque en su interior dinámicas de sentidos opuestos, no es un *desideratum*, no es

una meta a alcanzar, es una realidad palpable con un grado de integración elevado en los niveles jurídico, político, económico y social. De ahí que la primera parte de esta obra arranque con los extremos directamente relacionados con la vertiente organizativa y funcional propia del poder político europeo.

Las contribuciones que la forman se encuadran, a su vez, en tres grupos dedicados, respectivamente, por las relativas a la forma de gobierno europea y su relación con el proceso de integración, por las que versan sobre el gobierno de la economía y la sostenibilidad financiera y por las que se ocupan del Estado del bienestar. En conjunto, se combina el examen de la organización constitucional de la Unión Europea con las consecuencias que para sus procesos de decisión han supuesto los llamados efectos secundarios de la crisis económica. Asimismo, se tratan las condiciones en que la Unión ha de desarrollar su política exterior y el alcance del principio de subsidiariedad. También se consideran los problemas específicos del abandono de la Unión por alguno de sus Estados miembros y los de signo opuesto asociados a la necesaria protección de las minorías étnicas y nacionales en el curso del proceso de su ampliación. Son objeto de consideración, igualmente, los planteados por la adopción de políticas estatales incompatibles con los principios políticos europeos sustanciales y, además, se reflexiona sobre la medida en que la democracia directa o la prohibición del mandato imperativo podrían incidir en la recuperación de la legitimación de las instituciones europeas.

A propósito del gobierno de la economía y de la sostenibilidad financiera, vienen a examen la posibilidad de erigir en principio supremo el de la soberanía presupuestaria, las consecuencias que la orientación política establecida por la Unión

traen en el plano de la organización de la acción administrativa y en el de la gestión de los servicios públicos, especialmente desde el punto de vista de la llamada colaboración público-privado. Y, también, se incluye aquí, a modo de ejemplo de descentralización financiera asimétrica, una exposición del sistema financiación foral.

En torno al Estado del bienestar, presentado como una dimensión connatural a la Unión Europea de la que es especialmente responsable, merecen la atención de los autores las perspectivas que para la tutela de los derechos sociales traerá la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. La propuesta de tomar en serio la Carta Social Europea, las consecuencias que para la garantía de los derechos sociales ha supuesto la crisis económica, extraídas de la comparación entre las experiencias portuguesa e italiana, y los casos particulares del derecho a la salud como componente de la ciudadanía europea y de la efectividad de los derechos sociales de los solicitantes de asilo, completan este grupo de estudios.

La segunda parte, dedicada al Territorio, se enfrenta a las cuestiones relativas a la ampliación de la Unión con nuevos Estados y a la descentralización territorial del poder político de los que la integran. Aquí se abordan asimismo los retos que plantean los nacionalismos subestatales y los movimientos independentistas. También se reflexiona sobre el papel de las asambleas legislativas territoriales y locales y sobre la redefinición de las competencias de las provincias en la Unión Europea. Se incluyen, además, estudios particulares sobre una posible federalización de España a la luz del modelo alemán y sobre la sexta reforma del Estado en Bélgica. Y, respecto de Italia, se considera la posición de las regiones de estatuto especial en las relaciones entre el

Estado y la Unión Europea y los efectos de la reducción del número de consejeros regionales.

Respecto de la Ciudadanía y los derechos de la persona, tercera parte de este libro, buena parte de las aportaciones versan sobre el diálogo judicial en el espacio europeo sobre esos derechos y su tutela multinivel. Otras se dedican al principio de proporcionalidad, a la cuestión prejudicial y a aspectos concretos como la libre circulación de ciudadanos europeos en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, la iniciativa ciudadana, la tutela del medio ambiente, la incidencia del Derecho de la Unión Europea en el derecho a la tutela judicial efectiva o la visión europea del Derecho de Familia. Un grupo de contribuciones reflexionan sobre el coste de la ciudadanía europea y sus diferentes dimensiones (económica, social y política) así como sobre las paradojas que muestran, entre ellas la de primar al ciudadano de mercado, esto es al económicamente activo, o de vincular la obtención de la ciudadanía con las inversiones. Su relación con la identidad europea y el largo camino que falta por recorrer hasta que se logre una tutela eficaz de todos los derechos en el seno de la Unión figuran también en esta parte que se cierra con una reflexión sobre el déficit democrático de la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución por no haber sido sometida a referéndum.

Tal como se aprecia a la vista del anterior resumen y confirmará el repaso del índice, en estas páginas se lleva a cabo un amplio análisis de los elementos esenciales del ordenamiento de la Unión Europea desde la doble perspectiva de dejar constancia de su realidad presente y de plantear críticamente los desarrollos que debería seguir

para afrontar eficazmente, desde los principios fundamentales que lo informan, los retos que les está planteando el presente inmediato y que, previsiblemente, se acentuarán en el futuro. Se trata de respuestas ofrecidas por juristas y, más concretamente, constitucionalistas, para contribuir a la configuración institucional de la Unión y a la definición de sus políticas en el escenario que ha dejado la crisis.

Las circunstancias en las que nos encontramos son bien diferentes a las que se han dado con anterioridad. Me refiero a que hasta ahora ha sido posible encontrar en los principios sobre los que se asienta el constitucionalismo forjado a partir de 1945 la fuente y la inspiración para abordar los problemas que surgían en la realidad. Y a que, si bien con unos rasgos más orientados a las vertientes liberales que a las de tipo social de entre las que conforman el patrimonio constitucional contemporáneo, también las Comunidades, primero, y la Unión, después, adoptaron y siguieron los patrones impresos en los textos fundamentales de la segunda postguerra. No podía ser de otro modo porque ambas son el resultado de la integración de Estados que asumen como forma jurídico-política la del Estado social y democrático de Derecho y la homogeneidad política y constitucional, además de la económica, son requisitos esenciales para que prosperen procesos de esa naturaleza.

La crisis desatada principalmente a partir de 2008, al tiempo que ha traído recesión, elevado desempleo y nuevas cotas de desigualdad, ha acentuado intensamente la que afectaba a prácticamente todas las instituciones en las que descansan la democracia representativa y el Estado de Derecho, que han sufrido así una notable pérdida de legitimación. En efecto, la incapacidad de los gobernantes para advertir y prevenir el colapso económico que se estaba gestando, la forma en que lo

han afrontado, cargando el peso principal de los sacrificios en las clases medias, en los empleados públicos y privados, y reduciendo las prestaciones sociales en perjuicio de los menos favorecidos, todo ello en aplicación de las políticas de austeridad diseñadas desde la Unión Europea, han generado un amplio malestar que está llegando hasta cuestionar algunos de los valores hasta ahora indiscutidos.

En una coyuntura tan difícil es, pues, decisivo contar con diagnósticos claros y también con propuestas que sirvan para recuperar la vitalidad, para relegitimar las instituciones de la democracia representativa tanto en los Estados cuanto en la Unión y devolverles la capacidad que habían perdido para expresar las inquietudes que prevalecen en la sociedad. Al mismo tiempo, es menester explicar que esa operación, directamente vinculada a la realización de la libertad política en su más pleno sentido, difícilmente se logrará sin preservar las exigencias del Estado social y profundizar en su realización. O sea, sin avanzar en la consecución de las cotas de igualdad que demandan las sociedades desarrolladas. En fin, la Unión Europea no es una isla separada del resto del mundo, ni puede convertirse en una fortaleza de bienestar indiferente a lo que sucede fuera pues las fronteras, por mucho esfuerzo que se ponga en cerrarlas, no podrán detener los flujos migratorios de quienes aspiran a la vida mejor que ven con sus propios ojos a través de los productos culturales que producimos y se difunden en el universo de Internet ni cerrar el paso a la amenaza del terrorismo yihadista.

Insisto en que la propia naturaleza de los problemas mencionados indica la dificultad de encontrarles respuestas válidas y realistas. No obstante, esa no es razón para no buscarlas con denuedo y tampoco justifica, so pretexto de ser eficaz, poner en

cuestión y, mucho menos, abandonar los principios y valores sobre los que se viene edificando desde hace más de medio siglo la construcción europea, principios y valores consustanciales a las Constituciones de los Estados democráticos comprometidos en ella y, desde luego, imprescindibles para la búsqueda de la sociedad democrática avanzada auspiciada por nuestros constituyentes.

La lectura de estas páginas sugiere reflexiones que se orientan en el sentido que acabo de indicar lo cual es una razón más para celebrar su publicación.

PRESENTACIÓN

ÍÑIGO A. NAVARRO MENDIZÁBAL

Decano de la Facultad de Derecho (ICADE)

Profesor Propio Ordinario de Derecho Civil

Universidad Pontificia Comillas

La Obra que presento con estas líneas reúne los trabajos de investigación que se presentaron al II Congreso Internacional «Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea», además de un Prólogo del Dr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva que, como es sabido, además de Catedrático de Derecho constitucional es Magistrado del Tribunal Supremo.

Los directores del aquél seminario, son ahora los coordinadores de la obra, que es bastante más que un mero libro de actas. Se trata de la culminación de un proceso que comenzó con una call for papers en el verano de 2014, que recibió una magnífica acogida con casi 100 propuestas de las que el Comité científico del Congreso seleccionó a ciegas las de 50 de jóvenes investigadores de España e Italia.

Los días 25, 26 y 27 de noviembre se celebró el Congreso en ICADE – Universidad Pontificia Comillas, con un gran éxito de público. Fue un auténtico encuentro entre jóvenes investigadores, discussants del comité científico y estudiantes,

con abarrotadas sesiones paralelas en las que se produjeron intensos y enriquecedores debates. La verdad es que para mi, como decano de la Facultad de Derecho de ICADE, fue una alegría aquél Congreso en el que la ilusión del diálogo intergeneracional se daba la mano con la excelencia académica y todo ello en torno a un tema tan actual y complicado como los restos que al constitucionalismo está planteando la integración europea.

Tras el Congreso, los investigadores que participaron en él pudieron madurar sus propuestas a la luz de las discusiones y aportaciones que se habían producido, y tras una reflexión ultimaron sus trabajos enriquecidos que es lo que contiene este libro.

Como se verá, hay una variada temática en torno a la integración europea y los no siempre fáciles acomodos en el constitucionalismo. Podría decirse que los principales problemas que se plantean están presentes en estas páginas y, sobre todo, que son los que preocupan a los jóvenes investigadores de España e Italia que participaron en el Congreso.

La obra se ha dividido en tres grandes partes, siguiendo una clásica visión constitucional de poder, territorio y población, donde se estudia la forma de gobierno de Europa así como el gobierno de la economía y la crisis del Estado de bienestar; los dilemas de la ampliación y el surgimiento de movimientos independentistas; el concepto de ciudadanía europea y la tutela de derechos. Además, al frente de cada bloque hay un capítulo introductorio a cargo de cada uno de los directores del volumen.

El lector encontrará una variada temática que seguro que le es de interés. Se realizan enfoques novedosos al tiempo que se aplican fundamentos clásicos para dar respuesta a situaciones nuevas, a las que el Derecho es siempre permeable. En fin, es un libro que es útil, porque da respuestas a problemas existentes y plantea soluciones a los retos que nos acucian, por lo que no puedo más que invitar a su lectura y a bucear a través de sus páginas, no sin dar las gracias a sus autores y a los coordinadores por las muchas horas de su vida que han dedicado a este tomo. Creo sinceramente que os ha valido la pena.

PRESENTAZIONE*

ÍÑIGO A. NAVARRO MENDIZÁBAL

Decano de la Facultad de Derecho (ICADE)

Profesor Propio Ordinario de Derecho Civil

Universidad Pontificia Comillas

Il volume che si presenta in queste righe raccoglie i lavori di ricerca presentati al II Congresso Internazionale «Sfide del costituzionalismo di fronte all'integrazione europea», insieme a un prologo del Prof. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, professore ordinario di Diritto costituzionale e, al contempo, giudice del Tribunal Supremo.

Gli organizzatori del seminario sono poi divenuti curatori del volume, che è molto di più che una semplice raccolta degli atti del convegno. Si tratta della sintesi di un processo iniziato con una call for papers dell'estate del 2014, che ha avuto un grandissimo successo con quasi 100 richieste di partecipazione, tra le quali il Comitato scientifico ha selezionato 50 giovani ricercatori spagnoli e italiani.

Il 25, 26 e 27 novembre 2014 si è svolto il Congresso presso la ICADE – Universidad Pontificia Comillas, con una grande partecipazione di pubblico. Si è

* Traduzione dallo spagnolo di Francesca Minni.

trattato di un autentico incontro tra giovani ricercatori, discussants del comitato scientifico e studenti, con intense sessioni parallele durante le quali hanno avuto luogo dibattiti vivaci e proficui. Ad essere sinceri, io, in qualità di Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'ICADE, sono profondamente soddisfatto di questo Congresso, nel quale l'entusiasmo del dialogo intergenerazionale si è tenuto per mano con l'eccellenza accademica, il tutto discutendo di temi così attuali e complicati quali sono i problemi che l'integrazione europea sta ponendo al costituzionalismo.

All'esito del Congresso, i ricercatori partecipanti hanno potuto elaborare i propri contributi alla luce delle discussioni e dei suggerimenti emersi durante il dibattito e, a seguito di una riflessione, hanno completato i loro saggi, che sono il contenuto di questo volume.

Come potrà notarsi, molti sono i temi che ruotano intorno all'integrazione europea e che non sempre trovano facilmente spazio all'interno del costituzionalismo. Si potrebbe dire che i principali problemi di attualità sono trattati in queste pagine, temi che, tra l'altro, hanno stimolato in modo particolare la riflessione dei ricercatori spagnoli e italiani che hanno partecipato al Congresso.

Il volume si divide in tre grandi sezioni, seguendo un'impostazione costituzionale classica di potere, territorio e popolo, in cui si affronta la forma di governo europea così come il governo dell'economia e la crisi del welfare state; i dubbi sull'ampliamento del territorio e la nascita dei movimenti indipendentisti; il concetto di cittadinanza europea e la tutela dei diritti. Inoltre, all'inizio di ogni blocco tematico è presente un capitolo introduttivo scritto da ciascuno dei direttori dell'opera.

Il lettore troverà una molteplicità di argomenti che di sicuro saranno di suo interesse. Sono presenti, infatti, approfondimenti originali e allo stesso tempo applicazioni di categorie classiche per fornire risposte a situazioni nuove, nei confronti delle quali il Diritto si dimostra da sempre aperto e permeabile. In conclusione, è un libro utile, perché risponde a problemi concreti e offre soluzioni alle sfide che abbiamo di fronte; pertanto non posso che invitarvi alla lettura, navigando attraverso le pagine, e al contempo debbo ringraziare tutti gli autori e i coordinatori che tante ore hanno dedicato a questa opera. Credo sinceramente che ne sia valsa la pena

NOTA DE LOS DIRECTORES

Nos sentimos orgullosos de que el Seminario ítalo-español vuelva a reunir en una obra colectiva las contribuciones de los jóvenes investigadores que han participado en el II congreso, con lo que dirigirla ha sido toda una satisfacción.

Queremos agradecer a los co-editores de la obra, EDITUM Ediciones de la Universidad de Murcia y al Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia su generosa contribución para que esta obra sea publicada.

Asimismo, queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento, en primer lugar, a la Facultad de Derecho (ICADE) de la Universidad Pontificia Comillas por su apuesta por acoger en España el Seminario ítalo-español y la contribución decisiva de su éxito; y en concreto a su Decano, Prof. Íñigo Navarro, que presenta esta obra, por la confianza depositada en este proyecto.

Igualmente queremos agradecer al *Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna*, y en concreto a su *Direttore*, Prof. Giovanni Luchetti, su renovada confianza en nuestra empresa. Por su parte, no habríamos tenido la osadía de lanzarnos en este segundo congreso sin el respaldo del *Coordinatore del Dottorato in Scienze Giuridiche*, Prof. Andrea Morrone, un maestro que nos invita a dar lo mejor de nosotros.

Obviamente, no habríamos sido capaces de organizar el congreso y continuar con la publicación sin la imaginación, compromiso e ilusión de los

jóvenes miembros del comité organizador, y por supuesto, sus muchas horas de trabajo *gratis et amore*. Ha sido un verdadero placer trabajar con ellos, pues la amistad no ha sido excusa de un trabajo impecable.

Las sugerencias, el trabajo y el estímulo del comité científico internacional son un ejemplo de la transformación de nuestra ilusión en esta iniciativa que pretende el rigor y la excelencia. Con su trabajo, tras un proceso ciego de selección, hemos podido reunir en esta obra a más de 50 jóvenes autores, a los que les estamos muy agradecidos por toda su colaboración y paciencia.

Por último, queremos agradecer a los amigos que han suplido nuestras faltas tecnológicas, así como en general, a todos los que han compartido nuestros desvelos, y nos han prestado su comprensión e incluso colaboración con infinitas cuestiones.

*Antonio Pérez Miras
Germán M. Teruel Lozano
Edoardo C. Raffiotta*

NOTA DEI CURATORI

Siamo molto lieti che il Seminario Italospagnolo ancora una volta abbia raccolto in un prestigioso volume i contributi dei giovani ricercatori che hanno partecipato al II Congresso internazionale di Diritto costituzionale.

Per questo risultato, vogliamo ringraziare in particolare i co-editori, EDITUM Ediciones de la Universidad de Murcia e il Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Murcia, per il loro generoso contributo alla pubblicazione del volume.

Inoltre, vogliamo ringraziare la Facoltà di Giurisprudenza (ICADE) della Università Pontificia Comillas per la disponibilità ad accogliere in Spagna il Seminario Italospagnolo, e l'impegno affinché si realizzasse con il massimo successo. In particolare grazie al suo Preside, Prof. Íñigo Navarro, anche per aver voluto introdurre gli scritti di questo volume nonchè per la fiducia che ha sempre accordato a questa iniziativa.

Ugualmente, vogliamo ringraziare il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum–Università di Bologna ed in particolare il suo Direttore Prof. Giovanni Luchetti per la rinnovata fiducia riposta nel nostro progetto. D'altra parte non avremmo neppure osato lanciarci in questa nuova sfida, senza l'appoggio del Coordinatore del Dottorato in Scienze Giuridiche, Prof. Andrea Morrone, maestro che ci ha sempre spronato nel dare il meglio di noi.

Ovviamente, non saremmo stati capaci di organizzare il Congresso e poi continuare con l'attività necessaria per arrivare alla presente pubblicazione senza le idee, il lavoro e la passione dei giovani membri del Comitato organizzatore, che hanno profuso il loro massimo impegno nell'iniziativa (spesso sino alle ore tarde) *gratis et amore*. È stato un autentico piacere lavorare con loro, e solo grazie alla loro amicizia abbiamo raggiunto i risultati desiderati.

I suggerimenti, il lavoro e l'incoraggiamento ricevuti dal Comitato scientifico internazionale rappresentano il miglior esempio di come le idee e i progetti possano trasformarsi in concrete iniziative pregievoli e di eccellenza. Con il loro lavoro di valutazione, tramite una "selezione anonima", abbiamo potuto riunire cinquanta giovani ricercatori, ai quali va il nostro più sentito ringraziamento per l'impegno e la paziente collaborazione.

Da ultimo, vogliamo ringraziare i tanti amici e colleghi che hanno rimediato alle nostre tante mancanze (anche informatiche), così come quelli che con noi hanno condiviso la nostra insonnia, offrendo sempre la loro comprensione e il loro supporto.

*Antonio Pérez Miras
Germán M. Teruel Lozano
Edoardo C. Raffiotta*

PARTE 1

El poder: la forma político-constitucional de Europa, gobierno de la economía y sostenibilidad en la 'sociedad del bienestar'

Il potere: la forma politico-costituzionale di Europa, governo dell'economia e sostenibilità nella 'società del benessere'

IL POTERE: LA FORMA POLITICO-COSTITUZIONALE DELL'EUROPA, IL GOVERNO DELL'ECONOMIA E LA SOSTENIBILITÀ NELLA “SOCIETÀ DEL BENESSERE”

Edoardo C. Raffiotta

*Professore di Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

Co-direttore del Seminario Italospagnolo

Nell'attuale contesto, più che in passato, risulta arduo qualificare l'ordinamento europeo attraverso le classiche categorie del diritto pubblico. Difficile definire l'Unione europea (T.E. FROSINI)¹, anzi, a seguito dei recenti sviluppi – non solo dovuti alla crisi economico-finanziaria – pare persino difficile distinguere i numerosi ordinamenti che la caratterizzano. Una vera e propria crisi d'identità dell'Europa e, per certi versi, di chi la studia².

La confusione sulla stessa definizione del progetto eurounitario, pare derivare dalla constatazione che alla tradizionale Unione dei 28 Paesi membri – che dovrebbe rappresentare l'Europa unita – è necessario affiancare molte altre differenti integrazioni: distinte per gli Stati che le compongono, per le specifiche competenze e in alcuni casi per le peculiari Istituzioni, sovente, appositamente create. Il riferimento è ai 19 Paesi che adottano la moneta unica e compongono l'Eurozona, o all'*Euro Plus Pact* al quale hanno aderito 23 Stati; o ancora al Trattato sul c.d. *Fiscal Compact* sottoscritto da 25 Governi, o a quello sul c.d. "fondo salva Stati" (*ESM*) siglato invece da 17 Paesi. Per non parlare dei vari ambiti – fuori o dentro la c.d. cooperazione rafforzata disciplinata dal diritto europeo – nei quali i singoli Governi hanno dato vita a differenti processi di integrazione (più ampiamente G.L. TOSATO, 2013).

Molti studi si sono interessati di tale complesso, disordinato, inarrestabile processo, rappresentandolo e qualificandolo attraverso varie efficaci locuzioni, tra le altre: integrazione a due velocità, a più velocità, *step-by-step*, integrazione rafforzata, asimmetrica, graduale, forte, variabile, a cerchi concentrici, a più o multi fase, a doppio binario, altalenante, *à la cartè*, a geometria variabile, a più livelli, a due livelli... e si potrebbe continuare all'infinito, le locuzioni e la fantasia in tale ambito sembrano

¹ Il quale rileva un duplice paradosso che caratterizza "l'organizzazione costituzionale dell'Unione Europea: 1) non è uno Stato ma ha una forma di Stato; 2) ha un governo ma non è una forma di governo". Per una riflessione più ampia sulla forma di Stato si veda F. PALERMO (2005).

² L'oggetto di studio pare ormai ancora più complesso rispetto alla classica polemica – non del tutto sopita – tra internazionalisti e costituzionalisti "convertiti" a studiosi del diritto dell'Ue, che ha avuto la sua più elevata espressione nel dialogo a distanza tra G. AMATO (2003: 291 ss.) e B. CONFORTI (2004: 1 ss.).

avere vasti confini, forse, purtroppo, indeterminati quanto gli spazi di differenziazione dell'integrazione europea³.

Un complesso processo all'interno del quale partecipano in modo differente Stati membri o Stati non membri dell'Ue, insistendo in differente modo sullo spazio e il tempo⁴. Un processo alcune volte regolato dai Trattati europei, altre volte, più spesso, uscendo dai confini del diritto europeo per muoversi seguendo le vie aperte e imprevedibili del diritto internazionale (L.S. ROSSI, 2012: 293 ss.).

In questi ambiti in alcuni casi operano le Istituzioni europee, in altri, più spesso, i governi dei Paesi aderenti, in altri ancora operano nuove Istituzioni create *ad hoc*.

Ne deriva un quadro di incertezza, dal quale è difficile ricavare una sola chiave di lettura del processo di integrazione. Al di là delle formule utilizzate per descriverlo – tutte efficaci locuzioni – resta un ordinamento fluido ed estremamente differenziato, all'interno del quale è difficile individuare un unico ordinamento: un'unica Unione europea (E.C. RAFFIOTTA).

Del resto, il Mercato comune prima, e l'Unione europea, successivamente, sono nati anche, o meglio, soprattutto, per mezzo di un'integrazione flessibile e fortemente asimmetrica, volta a differenziare al massimo le competenze degli Stati al fine di favorire una connessione tra ordinamenti – non solo giuridicamente – assai diversi e differentemente sviluppati. Un processo graduale che però ha consentito, soprattutto, nei primi anni, un altrettanto differente impegno e condivisione di competenze, in particolare, nelle materie che più incidevano sulla sovranità nazionale (per meglio rendere l'idea, ad esempio, la moneta) (G.L. TOSATO: 2013). Una differenziazione istituzionalizzata attraverso le procedure – mutate nel tempo – della c.d. cooperazione rafforzata, che avrebbe dovuto conferire agli Stati uno strumento in più per consentire – liberamente e volontariamente – slanci in avanti verso una piena integrazione di

³ Lo dimostra A. STUBB (1996: 283 ss.) nel suo studio interamente dedicato alle diverse formule utilizzate per descrivere tale processo con una comparazione tra le principali lingue.

⁴ Si pensi ad esempio al caso emblematico degli "accordi di Schengen", oggi sotto particolare stress più di altri risultati del processo di integrazione. Per una ricostruzione storica degli accordi di Schengen cfr. B. NASCIMBENE (1995).

competenze condivise tra solo alcuni Paesi membri, sempre all'interno della cornice dell'ordinamento comunitario (G. ROSSOLILLO, 2014: 325 ss.).

Un progetto questo, tuttavia, che oggi sembra apparire inattuato, avendo perso qualsiasi forma di razionalità intellegibile. In particolare, la recente crisi economico-finanziaria, o meglio, le misure adottate da alcuni Stati membri dell'Ue, descrivono una sempre maggiore scissione tra competenze e Istituzioni dell'Eurozona e dell'Unione europea; una distinzione talmente ampia, e sempre più gradualmente estesa, da apparire più che come un'asimmetria tra Stati all'interno del medesimo ordinamento, piuttosto, un percorso di separazione difficilmente recuperabile.

In risposta alla crisi, l'Unione Europea sembra aver perso l'obiettivo di rafforzare il processo di costituzionalizzazione (MORRONE). Dopo l'iniziale impasse derivante dalla mancata approvazione del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" nel 2004, il Trattato di Lisbona ha sicuramente rappresentato un momento importante, ma non sufficiente per superare il *deficit* non solo di rappresentanza ma anche di competenze che ancora oggi sembra caratterizzare l'Unione. Dopo la crisi non si riesce più a delineare il nuovo percorso che sembrava aver preso avvio, quantomeno tra i Paesi dell'area euro, attraverso le innovazioni derivanti dai trattati "satellite" (tra tutti il c.d. *Fiscal compact*), ma altresì le connesse riforme costituzionali interne adottate da alcuni Stati (come il c.d. "pareggio di bilancio"), che seppur rivolte a riformare la materia economico-finanziaria, incidono nel cuore della sovranità, non solo economica, degli Stati (E.C. RAFFIOTTA, 2013: 37 ss.).

La perdita dell'obiettivo comune finalizzato alla realizzazione di un possibile (e auspicabile) *federalizing process* nell'UE (nel senso inteso da B. CARAVITA, 2014), sembra essere il filo conduttore di tutti i contributi raccolti in questa prima parte del volume, appunto, rivolto ad indagare la *forma politico-costituzionale dell'Europa, il governo dell'economia e la sostenibilità nella "società del benessere"*.

Se lo studio di Renato IBRIDO (*Oltre le "forme di governo". appunti in materia di "assetti di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*) si interroga sulla possibilità di applicare all'ordinamento europeo i tradizionali modelli di forma di

governo, giungendo alla conclusione che non necessariamente l'assetto istituzionale della Ue debba essere pensato sulla base delle "vecchie" categorie costituzionalistiche di origine statutale; molti altri scritti analizzano la crisi – non solo economica – in cui versano con particolare gravità l'Ue, gli Stati membri, ma, soprattutto, la loro società, mettendo in luce le debolezze di alcune delle conquiste su cui poggiava lo Stato costituzionale come Stato sociale e democratico di diritto (così gli scritti di Sabrina RAGONE, Luca Di MAIO, Fausto VECCHIO, Evangelos LIARAS, Elena FALETTI, Ana TOMÁS LÓPEZ, Paula García ANDRADE). Non sembra un caso, infatti, che, invece di rafforzarsi, il processo eurounitario sia sempre più soggetto a tensioni, espresse – tra i tanti sentori – di recente, dall'affermazione di movimenti indipendentisti e forze sovranazionali che mettono in discussione l'integrità ancor prima dell'Unione, degli stessi Stati membri.

La stretta sugli equilibri finanziari e di bilancio, che sin dal Trattato di Maastricht hanno caratterizzato l'"incompleto" ordinamento europeo, costituito da un mercato e da una moneta unica, non accompagnato, però, parallelamente, da un comune governo politico, non solo dell'economia, pare la principale lacuna conservata dal Trattato di Lisbona e oggi aggravata dalle misure post crisi economico-finanziaria (lo dimostrano in particolare le ricerche di Federico LOSURDO e Jokin Babaze AIZPURUA presenti nel volume). In questo scenario, pare allora spontaneo interrogarsi (come fa Federico PEDRINI in *La sovranità "limitata" di bilancio come principio supremo*) sul valore acquisito dal principio di "sovranità del bilancio" come "principio costituzionale supremo", come del resto sembra apparire, tanto dalle misure della c.d. Troika, quanto dalle riforme volte a ridurre la spesa, alcune però probabilmente non in piena sintonia con altri principi tradizionali dello stato sociale e del "benessere" europeo. Principi e valori che si ripercuotono direttamente sui servizi sociali e i diritti dei singoli (come messo in evidenza negli scritti di Maria Antonella GLIATTA, Federico LAUS, Marco INGLESE e Irene GRIFÓ).

In questo contesto, gli studi di molti Autori si sono con particolare attenzione dedicati all'interrogativo se la crisi economico-finanziaria europea, e il rinnovato valore dei limiti alla spesa pubblica, possano essere davvero del tutto scorporati dal valore dello stato sociale europeo (in particolare si vedano le riflessioni di Fernando PÉREZ

DOMÍNGUEZ, Caterina DRIGO e Marta CAREDDA) e da quelle carte dei diritti, prima fra tutti la carta sociale europea (in particolare si è posto il problema Claudio PANZERA), che hanno rappresentato senz'altro, almeno sino ad oggi, un punto fermo delle tradizioni e dei valori fondanti dell'Ue, tra l'altro confermati dall'adesione alla CEDU (ma si veda più ampiamente lo studio di Francesca POLACCHINI)⁵.

Dalle ricerche qui brevemente richiamate, pare emergere una comune critica alla recente azione dell'Ue, ma non solo, altresì una generale prospettiva verso un comune progetto politico eurounitario. Nonostante le critiche, nessuna ricerca mette in discussione l'opportunità del progetto europeo, molto però deve cambiare: anzitutto nella volontà degli Stati membri. L'asimmetrico ordinamento europeo qui rievocato, descrive fini differenti tra i singoli Governi nazionali, la cui distanza negli obiettivi pare essere il principale ostacolo al processo di integrazione.

Era certo necessario ridurre la spesa pubblica frutto di sprechi e inefficienze, così come ridurre la dipendenza finanziaria dei debiti sovrani⁶. Parallelamente, però, pareva e appare sempre più chiara la necessità di giungere a un nuovo patto politico tra i Paesi che intendono portare avanti il progetto federale europeo. Alle misure di coordinamento finanziario, non è seguito, come da più parti auspicato un rafforzamento democratico delle istituzioni europee e delle sue competenze politiche (A. MORRONE). Più che la Politica europea, protagonista della *governance* finalizzata a contrastare la crisi, è apparsa la sola azione della Banca centrale europea. Tuttavia, nonostante il particolare rilievo assunto dalle misure della BCE – in particolare volute dal suo Governatore – nessuna economia, né nazionale, né tantomeno quella europea, può riprendersi solo con interventi finanziari “artificiali” come quelli monetari, senza, un contestuale avvio di riforme strutturali e, nel caso dell'Eurozona, comuni, nei settori nevralgici dell'economia, come ad esempio nel mercato del lavoro o in quello fiscale (come a suo tempo avvertito da A. PREDIERI, 1998: 7 ss.). Queste competenze non possono più restare, ancora, nella piena e totale determinazione dei singoli Paesi (semplicemente coordinate a livello europeo). Piuttosto gli Stati, se non quelli dell'Ue,

⁵ Temi come noto molto studiati e dibattuti in dottrina, tra gli altri, M. LUCIANI (2011) e G. GRASSO (2012)

⁶ Tra gli altri motivi, per le ragioni messe in evidenza da A. D'Aloia, R. Bifulco (2008).

quelli dell'Eurozona, dovranno al più presto porre rimedio, cedendo parte della loro sovranità in favore di un pieno governo (politico) europeo. Questa pare la strada segnata e inevitabile per salvare il progetto eurounitario.

Bibliografia

AMATO G., *Verso la Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, fasc. 2, pp. 291 ss.

CARAVITA B., *Il federalizing process europeo*, in *www.federalismi.it*, n. 17, 2014.

CONFORTI B., *La dottrina del diritto comunitario: questa sconosciuta*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, fasc. I, pp. 1 ss.

D'ALOIA A., BIFULCO R. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

FROSINI T.E., *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in A. PÉREZ MIRAS, E.C. RAFFIOTTA, G.M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Constitución e integración europea*, Madrid, in corso di pubblicazione;

GRASSO G., *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012;

LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, su *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2011;

MORRONE A., *Una costituzione per l'Europa? Per uno Stato costituzionale europeo*, in A. PÉREZ MIRAS, E.C. RAFFIOTTA, G.M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Constitución e integración europea*, Madrid, in corso di pubblicazione;

NASCIMBENE B., *Da Schengen a Maastricht, apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995;

PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione Europea*, Padova, 2005;

PREDIERI A., *Nondisoloeuro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, fasc. 1, pp. 7 ss.;

RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, Bup, 2013;

RAFFIOTTA E.C., *Per un governo dell'economia nell'Unione europea*, in A. Pérez Miras, E.C. Raffiotta, G.M. Teruel LOZANO (a cura di), *Constitución e integración europea*, Madrid, *in corso di pubblicazione*;

ROSSI L.S., *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, *Il diritto dell'UE*, 2 , 2012, pp. 293 ss.;

ROSSOLILLO G., *Cooperazione rafforzata e unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.2, 2014, pp. 325 ss.;

STUBB A., *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 2, 1996, pp. 283 ss.;

TOSATO G.L., *Asimmetrie e dilemmi istituzionali tra UE ed Eurozona: la UE a due velocità*, su www.astrid-online.it.

**A) FORMA DE GOBIERNO Y PROCESO DE
INTEGRACIÓN EUROPEA**

**A) FORMA DI GOVERNO E PROCESSO DI
INTEGRAZIONE EUROPEA**

QUO VADIS EUROPA?

Luca Di Majo

*Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale
Università di Bologna.*

Sommario:

1.- Premessa.

2.- *Il Lungo* cammino “europeizzante”.

3.- Di quanta Europa abbiamo bisogno? Un diverso (ma fondamentale) approccio europeista.

4.- Quo vadis Europa?

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

Il processo europeo di integrazione si è sviluppato, fin dall'origine, lungo l'asse della cooperazione economica. La recente crisi economica ha accelerato l'adesione ad un unico modello sociale di mercato secondo cui lo sviluppo economico doveva essere garantito attraverso la libertà degli scambi, ma soprattutto una sostanziale giustizia sociale assicurata dallo Stato. Tuttavia, gli eventi connessi alla drammatica situazione economico-politica europea mostrano come l'attuale crisi finanziaria abbia assunto una funzione decostruttiva del processo di integrazione che richiama una diversa articolazione degli assetti di mercato. Una tendenza che ha notevoli ripercussioni sul rapporto tra governanti e governati e sulla garanzia di tutela dei diritti fondamentali che pure avrebbero dovuto rappresentare il punto di convergenza delle tradizioni culturali degli Stati membri attraverso il riconoscimento giuridico della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona. Non v'è dubbio che la politica economica rimane funzionale alla tutela dei diritti e alla promozione dei valori comuni e in cui l'Unione si riconosce, e non deve porsi come impedimento degli stessi. Ora che siamo davanti ad un momento storico in cui l'adesione attorno a valori comuni sembra sottostare ai rigidi schemi dell'economia e della finanza pubblica, si rende quanto mai necessario riconsiderare il futuro dell'europa nell'attuale riformato contesto di *governance* europea.

Resumen en español

El proceso europeo de integración se ha desarrollado, desde el inicio, bajo el eje de la cooperación económica. La reciente crisis económica ha acelerado la adhesión a un único modelo social de mercado según el cual el desarrollo económico debe ser garantizado a través de las libertades de circulación, pero sobre todo por una sustancial justicia social asegurada por el Estado. Todavía, los acontecimientos originados por una dramática situación económica-política europea muestran como la actual crisis financiera ha tenido una función de deconstruir el proceso de integración que comporta una diferente articulación de los elementos del mercado. Una tendencia que ha repercutido notablemente sobre las relaciones entre los gobiernos y los ciudadanos, y sobre la tutela de los derechos fundamentales que hubiesen debido representar el punto de convergencia de las tradiciones culturales de los Estados miembros a través del reconocimiento jurídico de la Carta de Niza en el Tratado de Lisboa. No hay duda que la política económica todavía es funcional para la tutela de los derechos y para la promoción de los valores comunes en que los que la Unión se reconoce, y no debe ponerse como impedimento para la garantía de los mismos. Ahora que estamos delante de un momento histórico en el que la adhesión a los valores comunes parece sujeto a los rígidos esquemas de la economía y

de la finanza pública, se hace aún más necesario reconsiderar el futuro de Europa en el actual y reformado contexto de *governance* europea.

Abstract in English

The process of European integration developed since the beginning following economic co-operation. Recently, slump accelerated support to a unique social-model market, according to which economic development had to be guaranteed after free trade and social justice guaranteed by the State. However, the events related to the bad economic and political environments show as the present slump has taken a deconstructive function of the process of integration referring to a different articulation of the market structures. This trend has many implications in relationship between rulers and ruled and in protection of fundamental rights that should be the convergence point of the cultural traditions of the EU States through legal acknowledgement of the Charter of Fundamental Rights of the European Union contained in the Treaty of Lisbon. There is no doubt that economic politic is essential to guarantee fundamental rights and the promotion of common values in which European Union believes and it should not act as obstacle to themselves. Now we are facing a historical period in which the adherence to common values seems to submit to the rigid framework of the economy and public finance; it is necessary to reconsider the future of Europe in the present and reformed context of European new governance.

1.- Premessa.

Il processo di integrazione europea sembra essere arrivato ad un momento di svolta.

La crisi del 2007 ha messo in luce diverse di criticità che hanno reso instabile l'intero impianto istituzionale europeo, pregiudicandone il cammino verso una integrazione politica ed economica da svolgersi nell'ambito dei valori comuni agli stati membri (art. 2 TUE). Si è diffusa l'idea per cui l'Europa abbia smarrito il suo percorso originario tendente alla realizzazione di una realtà unificata lasciando spazio al declino delle motivazioni ideali e politiche che ne hanno sostenuto per mezzo secolo la costruzione (GARCÍA HERRERA, 2010: 147).

Da più parti sono stati evidenziati i punti critici: l'asimmetrica ricchezza tra gli Stati a causa del divario tra i rispettivi PIL, la mancanza di una politica mediterranea comune, il *deficit* democratico delle istituzioni, il dilagare della crisi economica che ha definitivamente delineato disuguaglianze sociali, territoriali e insicurezza diffusa (CANTARO, 2014; GIUBBONI, 2014; GNESUTTA, 2014), incentivando la produzione di un diritto *parallelo* al Trattato di Lisbona e caratterizzato da una serie di politiche di austerità che, in conseguenza della crisi del debito sovrano, rappresentano un *mix* terribile che di fronte alla crescita della spesa sociale, al prolungamento della vita media, alla bassa fertilità e alla diminuzione della popolazione in età lavorativa, aggravano il problema della sostenibilità del *welfare state* (MORRONE, 2014a: 86) concretizzandosi in una caduta di prescrittività (GIUBBONI, 2014: 275) dei diritti fondamentali.

Navigare nel mare del pessimismo della ragione sventolando la bandiera dell'ottimismo della volontà è un'impresa ardua; tuttavia, attraverso un'analisi del dato normativo, si cercherà di dimostrare come, sui tre distinti – ma inevitabilmente connessi – versanti delle istituzioni, della politica economica e della tutela dei diritti fondamentali, si possano rilevare ancora delle linee comuni tali da costituire il punto dal quale riprendere il cammino *unionale* ora – forse – *sospeso*, ma mai *interrotto*. Alcuni degli ultimi sviluppi normativi e istituzionali mostrano, infatti, come

l'integrazione europea non sia in una fase totalmente ed esclusivamente recessiva, nonostante il suo recente sviluppo si collochi all'interno di un contesto economico di crisi profonda: costringendo le istituzioni politiche ed economiche a delle gravose scelte impopolari, si è contribuito ad alimentare l'idea dell'Europa dei tecnocrati evidenziando esclusivamente gli aspetti economici e monetari; nonostante gli strumenti presenti nel Trattato di Lisbona siano più robusti rispetto al passato e capaci di produrre risultati apprezzabili anche con riferimento al circuito rappresentativo, le istituzioni europee scontano ancora una suggestione collettiva che fa percepire i processi che portano alla definizione delle politiche pubbliche come più opachi e il *deficit* democratico come più profondo di quanto in realtà non lo siano.

2.- Il lungo cammino “europeizzante”.

L'Unione europea proviene da un cammino comune iniziato dall'obiettivo di riconciliare i Paesi che avevano combattuto la Seconda guerra mondiale. L'obiettivo della nascente Comunità, come affermato da Robert Schuman, era fare in modo che *«una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile»*.

Allo scopo, sei Paesi mettevano in comune le produzioni di queste due risorse, creandone un vero e proprio mercato comune, fondato sul principio di libera concorrenza: furono soppressi i diritti di dogana e le restrizioni quantitative che frenavano la libera circolazione di queste merci, nonché tutte le misure discriminatorie, aiuti o sovvenzioni accordati dai vari Stati alla propria produzione nazionale. In particolare, attraverso il mercato interno nel quale merci, persone, servizi e capitali avrebbero potuto circolare liberamente (le c.d. *“quattro libertà di circolazione”*) si implementa un percorso di avvicinamento fino a quel momento sconosciuto a livello internazionale.

Gli avvenimenti del 1989 (apertura all'occidente della frontiera ungherese, caduta del muro di Berlino, dissolvimento dell'Unione Sovietica) sono quanto mai propizi: con il Trattato di Maastricht (1992) gli Stati aderenti hanno istituito l'Unione europea (UE). Oltre alle Comunità europee (ex CEE - ora CE – con Euratom e CECA), il

c.d. *primo pilastro*, l'Unione implementa un *secondo pilastro* (politica estera e di sicurezza comune - PESC) e un *terzo pilastro* (rafforzamento della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni - GAI). I Trattati di Amsterdam (1997) e di Nizza (2001) hanno poi permesso all'UE di operare più efficacemente – soprattutto in vista dell'allargamento agli Stati dell'Europa dell'Est – e si è iniziato a parlare più incisivamente di diritti umani fondamentali, non solo nel rapporto con gli obiettivi (economici) propri della Comunità delle origini.

Nelle sue linee essenziali ciò rappresenta un (nascosto ma) essenziale percorso di apertura degli Stati ad un'attenzione all'ambito della tutela *comune* dei diritti umani. Interessante, dal punto di vista storico, è già la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950): già era chiaro agli Stati che *«il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»*.

in queste dichiarazioni sono sottese le enormi preoccupazioni del reiterarsi, sul suolo europeo, di una guerra che per proporzioni, tecnologie ed armamenti impiegati è stata uno dei più sanguinosi conflitti combattuti dall'intera umanità. Se la paura della guerra ha condotto i governi degli Stati europei ad implementare una politica di apertura, di dialogo, di scambio anche culturale, la necessità di tutelare e sviluppare i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata concepita come strumentale, in un primo momento, alla costruzione di tale unione. Lo standard di democrazia voluto dall'UE, peraltro, non solo parte dal basso, ma anche dalla reale esigenza di riconoscere un grado di dignità e tutela all'essere umano tendenzialmente sempre al rialzo.

Lo sforzo degli Stati europei viene ritenuto, tuttavia, non sufficiente quando, nel 1999, a poche centinaia di chilometri dalla zona UE, scoppia un sanguinoso conflitto armato nei Balcani. Il risultato di tale impreparazione, prima di tutto politica, ha determinato il Consiglio europeo di Colonia ad istituire una politica europea di sicurezza e di difesa (PESD), al fine di predisporre mezzi necessari ad affrontare in modo più efficace eventuali conflitti futuri.

Tra queste minacce, la strategia indica: il terrorismo e la proliferazione delle armi di distruzione di massa, i conflitti regionali, il fallimento dello Stato, la criminalità organizzata. Tre sono gli obiettivi strategici per il futuro, segnalati già dalla strategia: affrontare le minacce; costruire sicurezza nelle nostre vicinanze; creare un ordine internazionale basato su un multilateralismo efficace.

L'attuale Unione europea ha sviluppato, quindi, le sue radici in un passato in cui la particolare e progressiva attenzione ai diritti umani ha potuto condurre a numerosi interventi a salvaguardia dei diritti stessi; e si può inoltre affermare che la sfida che l'Unione oggi intende accettare sembra essere piuttosto ambiziosa, ponendo il futuro della stessa in una prospettiva del tutto dinamica.

Se la CEDU rappresenta il primo tra i più importanti passi compiuti dagli Stati membri nell'ottica della tutela dei valori sentiti, oggi, ormai comuni, un altro passo fondamentale è stato compiuto a Nizza il 7 dicembre 2000, con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Carta rappresenta un passo avanti notevole nell'integrazione poiché riunisce in un unico documento i diritti che prima erano dispersi in vari strumenti legislativi, quali le legislazioni nazionali e dell'UE, le convenzioni internazionali del Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite (ONU) e dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Grazie alla visibilità e alla chiarezza che la Carta conferisce ai diritti fondamentali, si contribuisce a creare la certezza del diritto nell'UE.

Qualunque diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni dei paesi dell'UE deve essere interpretato conformemente a tali tradizioni.

È ben vero, tuttavia, che si deve necessariamente tener conto che nel periodo di crisi economica ancora in corso si può credere legittimamente di essere in una fase delicatissima di bilanciamento tra obiettivi di tutela tra valori comuni e un ampio accordo teso a stabilire nuove regole economiche, espressione di nuovi principi (spesso visti lontanissimi rispetto alla tutela dei diritti umani, come la corretta gestione finanziaria e la copertura di spesa). Si teme che l'impegno nell'ambito dei diritti umani venga meno e ceda il passo ai problemi economico-finanziari dei tempi attuali e in

un'ottica di emergenza, quindi contingente e, per ciò stesso, limitata. In effetti, il collegamento strettissimo tra diritti umani e obiettivi (anche economico-finanziari) dell'Unione europea assume una dimensione non più solamente strumentale dei primi rispetto ai secondi: la tutela di tali diritti e l'implementazione di un sistema giudiziale effettivo ed efficace devono, dunque, ritenersi ormai fondamentali nell'ottica dell'azione europea.

Se è vero che tali principi economico-finanziari sono fondamentali nell'ambito di una politica economica comune, potrebbe essere anche corretto sostenere, contrariamente ai timori appena espressi, che tali principi rappresentino uno sforzo importante in vista della tutela effettiva dei diritti fondamentali. Più precisamente, sarebbe il caso di sostenere che la tutela dei diritti fondamentali, da sempre obiettivo dell'Unione, passi dall'implementazione di regole economiche effettive ed efficaci anche a tal fine.

I recenti accordi in tema di stabilità economico-finanziaria e gli orientamenti della giurisprudenza della Corte costituiscono due validi campi di analisi attraverso cui testare il grado di omogeneità dei valori dell'Unione che rimarrebbe *unita nella diversità* (CARTABIA, 2006), e che ha fatto del riconoscimento di alcuni valori e della tutela dei diritti ad essi sottesi la sua scommessa più grande.

Ora che ci si trova davanti ad un momento storico in cui l'adesione a valori comuni sembra sottostare ai rigidi schemi dell'economia e della finanza pubblica, si rende quanto mai necessario riconsiderare il rapporto tra politica economico-finanziaria ed effettività dei diritti attraverso le due più importanti cartine tornasole: legislazione e giurisprudenza europee.

Bilanciamento e integrazione sono gli obiettivi più sentiti in tale ricerca, tanto che la mancanza di un quadro di riferimento istituzionale e di un omogeneo modello economico sociale induce l'interprete a riconsiderare il tema relativo alle garanzie di effettività dei diritti dei cittadini nell'attuale riformato contesto di *governance* europea.

A livello di Unione europea, la principale base giuridica dei diritti fondamentali è stata, per molto tempo, il riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha notevolmente contribuito, nel tempo, a rendere effettivo ed efficace il sistema di tutela dei diritti dell'uomo in seno all'Unione. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta uno strumento giuridicamente vincolante, ha ampliato questa base giuridica.

3.- Di quanta Europa abbiamo bisogno? Un diverso (ma fondamentale) approccio europeista.

Le misure poste in essere hanno portato ad una ridefinizione dell'assetto istituzionale europeo, avviando una riflessione sulle basi giuridiche fondative dell'UE, soprattutto attorno alla delicata questione dei diritti fondamentali e nella tensione determinatasi tra il formale riconoscimento e le ripercussioni che i nuovi strumenti della *governance* economica esercitano sulle garanzie di tutela ed effettività (DI MAJO, 2014).

È stato altresì riconosciuto che la crisi economica ha accentuato il processo di segmentazione geografica (ENRIA, 2013) caratterizzato dalla diseguaglianza nella distribuzione della ricchezza, nascita dei populismi, sentimento antieuropeo (MORRONE, 2014) e rallentamento del processo di coesione sociale, oltre ad avere avuto un riflesso devastante sulla tutela dei diritti fondamentali da quando gli stati hanno dovuto fare i conti con il pareggio di bilancio (MORRONE, 2014b) che ha indotto autorevole dottrina a parlare di diritti finanziariamente condizionati (SALAZAR, 2014) riconoscendogli un peso rilevante sui bilanci interni (CALIFANO, 2014) e che vengono inevitabilmente aggrediti dalle misure di austerità (CARTABIA – WEILER, 2001).

In un quadro così complesso viene da chiedersi in che modo la giurisprudenza possa intervenire considerato che da sempre è andata alla ricerca di modalità e limiti ad interventi così cruciali garantendo ora la sostenibilità economica ora l'attuazione e la tutela dei diritti fondamentali che non possono camminare da soli perché alle spalle hanno bisogno di un'adeguata politica di finanziamento. Queste problematiche hanno

inaugurato un percorso di disgregazione sociale dell'UE alimentando l'idea per cui tutto il male è riconducibile al sistema monetario europeo e ai nuovi strumenti di *governance*.

Al di là delle criticità di cui pure si riconosce l'esistenza – *in primis* una BCE priva di poteri effettivi –, c'è da sottolineare gli Stati membri non possono autonomamente voltare pagina lasciandosi alle spalle la crisi economica; nemmeno la Germania, da sempre considerata *locomotiva europea*, ha un peso economico rapportato al PIL che non le permette, da sola, di competere con le prime potenze mondiali. Al contrario, se si considera il PIL dell'intera Eurozona, ben si comprende che attraverso l'UE è possibile influire sulle politiche globali.

Emerge inevitabilmente la necessità di rinfrescare il progetto di una *vera* Unione a partire dal piano politico-istituzionale perché da lì si misura il peso specifico dell'Europa nell'ambito delle scelte globali di politica fiscale ed economica. Non a caso, peraltro, tali scelte incidono direttamente sulla tutela dei diritti fondamentali che in un contesto del genere rimangono finanziariamente condizionati (SALAZAR, 2014) perché costano (CALIFANO, 2014), ma che non possono essere sacrificati perché in quei diritti è contenuto il nucleo duro (STAIANO, 2006) delle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Senza un'Europa *unita e coesa* non sarà possibile influire sulle scelte economiche globali con notevoli e drammatiche ripercussioni sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Per questi motivi c'è bisogno di *più* Europa che sia protagonista sullo scenario mondiale riuscendo a garantire concretezza agli obiettivi contenuti nel Trattato di Lisbona.

4.- Quo vadis Europa?

Ciò che emerge dalle considerazioni fin qui esposte è un'Europa fortemente intenzionata – a dispetto dei demoni del passato – a convergere verso un futuro comune (MARTINICO, 2009: 19).

È riduttivo ricondurre l'integrazione europea a mere dinamiche di forze che abbiano una semplice connotazione economica; peraltro, i grandi processi storici sono

stati determinati da forze anche non economiche: dietro la scoperta dell'America, le esplorazioni spaziali, le crociate si sviluppò un movimento culturale più profondo che ne ha orientato i processi. O ancora, l'Italia non esisteva come entità politica fino a poco più di 150 anni, però esisteva da più di due millenni dal punto di vista culturale.

La spinta verso l'integrazione non deriva soltanto da un processo *imposto più che condiviso*, ma porta dentro di sé una serie di scelte che si pongono in straordinaria continuità con il passato e che sono confermate anche in virtù di numerose disposizioni contenute nel Trattato di Lisbona; questo è un dato positivo se considerato a lungo termine.

La stessa CECA aveva un contenuto sostanzialmente economico, ma l'obiettivo era quello di impedire il ripetersi di situazioni politiche, economiche e militari che avevano portato l'Europa al disastro delle due guerre mondiali; così come la scelta dell'attuale politica economica e fiscale è orientata al fine di garantire la stabilità dei bilanci, la riduzione dei debiti sovrani e la restituzione della ricchezza agli Stati membri, in modo da liberare risorse per la crescita e garantire una piena tutela ai diritti fondamentali.

Sul versante istituzionale, non può nascondersi la crescita del ruolo del Parlamento europeo che è andato di pari passo con lo sviluppo della struttura comunitaria, facendo avvertire il bisogno di rendere più democratico il processo partecipativo e decisionale: da qui l'elezione a suffragio universale e diretto realizzata nel 1979; la previsione di una concreta funzione legislativa di codecisione con il Consiglio e una funzione di bilancio che non può essere esercitata unilateralmente dal Consiglio stesso senza l'accordo con il Parlamento (art. 14 TUE e art. 330 ss. TFUE); il rafforzamento della funzione di controllo sulle altre istituzioni che si esplica attraverso l'elezione del Presidente della Commissione (art. 14 TUE) a maggioranza dei membri che lo compongono (art. 17, c. 7 TUE), l'audizione dei commissari e la possibilità di promuovere una mozione di censura che obbliga i membri della Commissione a dismettere le loro funzioni (art. 17, c. 8 TUE); un controllo, seppur *indiretto* sulla Corte dei Conti (art. 286, c. 2 TFUE).

Il Parlamento europeo percepisce l'importanza di mantenere strette relazioni con i suoi omologhi nazionali: il Trattato di Lisbona è considerato un vero e proprio *Trattato dei Parlamenti*, per mezzo anche alle disposizioni integrative del *Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali* e del *Protocollo sui principi di sussidiarietà e proporzionalità*. Su questo aspetto, il Parlamento europeo tiene regolarmente informati i Parlamenti nazionali degli Stati membri in merito alle sue attività invitando i deputati a presenziare alle riunioni delle Commissioni competenti per materia.

Inoltre, ogni sei mesi, è organizzata una riunione interparlamentare comune per discutere dei più importanti temi politici; è stata prevista la *Conferenza delle Commissioni specializzate negli affari dell'Unione* (COSAC, art. 10 *Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea*) ove siedono i rappresentanti delle Commissioni dei Parlamenti nazionali e i rappresentanti del Parlamento europeo, oltre allo *Scambio interparlamentare di informazioni sull'Unione europea* (IPEX, art. 12, c. 1, lett f) TUE) al fine di agevolare il flusso di informazioni attraverso la creazione di una banca dati e un apposito sito web – www.ipex.eu – dove vengono caricati i documenti deliberati dai Parlamenti nazionali.

Infine, sempre in tema di rapporti tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali, si segnala il *nuovo* art. 12 TUE che assicura il rispetto del principio di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione permettendo di verificare – sempre da parte dei Parlamenti nazionali – che le decisioni sulle materie vengano prese dal Parlamento europeo nel rispetto delle competenze sancite negli articoli 3, 4 e 5 TFUE: con le procedure del *cartellino giallo* e del *cartellino arancione*, previsti dall'art., 7 par. 2-3, *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di adeguatezza*, le istituzioni europee vengono obbligate ad un eventuale riesame degli atti che intendono adottare nel primo caso, ovvero ad una votazione di una pregiudiziale di sussidiarietà nel secondo caso.

Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona si rilevano anche nei rapporti tra cittadini ed istituzioni: in primo luogo, il principio di trasparenza, direttamente richiamato nell'art. 1 TUE, in cui si afferma la necessità che le «*decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini*»; in secondo luogo, è

previsto il diritto di accesso agli atti, peraltro già contenuto nell'art. 255 del Trattato di Amsterdam; il TFUE, all'art. 15, sancisce il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi europei (SALVADORI, 2010) per ogni cittadino residente in un Paese UE.

In particolare, l'art. 11 TUE riserva una parte del potere di iniziativa legislativa ad un milione di cittadini europei oltre alla possibilità di partecipare alle consultazioni pubbliche da parte dei soggetti interessati; in tal modo l'Unione contribuisce significativamente a ridurre la distanza tra governanti e governati.

La Commissione europea, peraltro, ha anche dettato le fasi del procedimento di integrazione: in via prioritaria rafforzare la sorveglianza; successivamente stabilizzare la politica economica e finanziaria; infine, fare un salto all'integrazione politica. Sono *step* condivisibili, ma che vanno necessariamente specificati. Bisogna continuare a rafforzare il ruolo del Parlamento europeo; la BCE deve avere più poteri di governo della moneta, ma allo stesso tempo deve rispondere delle sue politiche innanzi ad un Parlamento che detiene, peraltro, una fetta importante della procedura di bilancio; è necessario razionalizzare il procedimento legislativo, conferendo maggiori poteri al Parlamento, eliminando la procedura speciale e mantenendo ferme le consultazioni pubbliche.

Non v'è dubbio che interventi di questo tipo potranno registrare effetti positivi anche sulla garanzia e sull'effettività dei diritti fondamentali, riducendo le diseguaglianze così da avere non un'*Europa a diverse velocità*, ma un'*Europa a velocità uniforme e costante*.

In una fase molto complessa come questa, gli Stati europei devono tendersi una mano e valorizzare da un lato il principio di sussidiarietà chiamato a guidare l'esercizio delle competenze dell'UE e degli Stati membri (DI SALVATORE, 2010: 122), dall'altro il principio democratico come tratto esistenziale della società civile europea che chiede maggiore trasparenza e più partecipazione nelle scelte delle istituzioni (DI MAJO, 2014; MORRONE, 2014a), riducendo così anche il contenzioso ed il rischio di

pronunce giurisprudenziali contrastanti, sebbene già da tempo si registra un cammino costante ed uniforme delle Corti, al contrario di quanto accadeva in passato.

Si è convinti che l'approccio al *fenomeno europeo* si sia sviluppato a partire da una premessa sbagliata: quando si parla di Europa si pensa ad una entità lontana, vaga, sfumata, distante e non a qualcosa di *interiore*. Un approccio sbagliato perché se si tiene conte degli strumenti precedentemente individuati, si comprende quanto sia possibile orientare le scelte politiche del legislatore europeo e orientarle anche in funzione dell'attuazione dei diritti fondamentali.

L'Europa, oggi, è ad un bivio (DE FIORES, 2012) e gli interrogativi che si pongono sono in qualche modo cruciali: democrazia europea è possibile o è inevitabile un ritorno ad una democrazia nazionale forte? Bisogna rompere i vincoli europei in modo che gli Stati tornino a correre autonomamente? Siamo arrivati ad un momento di scelta decisiva: schiacciare l'acceleratore dell'integrazione europea dando vita ad un momento propulsivo e finalmente decisivo, ovvero frenare, assumendo però la consapevolezza che ciò significherebbe non solo fermarsi e retrocedere di qualche metro, bensì sancire la fine e il fallimento di tutto il processo che si mostrerebbe incapace di efficacia proprio nel momento in cui dovrebbe dimostrarlo (CARAVITA 2012:160).

Il tutto condensato in un interrogativo: *Quo vadis Europa?* È difficile sapere come si svilupperanno le prassi europee future, ma una cosa è auspicabile: che ci sia più Europa, magari attraverso il salto dalla concezione funzionalistica (SPINELLI, 1950: 323-342) alla struttura federale, con la speranza che si possa ripristinare a livello superiore quel patrimonio di garanzie e di valori che ha rappresentato una conquista dei nostri Stati nazionali e che ancora oggi rappresenta il *nucleo duro* attorno al quale l'integrazione europea deve andare avanti.

Questo è possibile. Oltre agli strumenti indicati, è necessario uno sviluppo *europeo* dei partiti che, se legittimati a livello sovranazionale, potrebbero diventare protagonisti del processo di costruzione di una democrazia forte (CIANCIO, 2014); ma se ogni volta i partiti ideologicamente diversi sono costretti a stare insieme perché nel

Parlamento europeo ci sono gruppi *pro Europa* e gruppi *contra Europa*, una democrazia europea è impensabile. L'edificio democratico può essere costruito con gli strumenti previsti dal Trattato di Lisbona e con i partiti, a patto che questi ultimi fondino la propria legittimazione sul *popolo europeo*.

Non a caso, ci sono elementi che vanno in questa direzione; è stato autorevolmente rilevato che durante le recenti consultazioni elettorali europee si è verificato *qualcosa di diverso* (CARTABIA, 2014): la Commissione – con raccomandazione del 13 marzo 2103 – e lo stesso Parlamento europeo – in una risoluzione del 4 luglio 2013 – auspicavano che i partiti si dotassero di un programma chiaro, indicando anche il loro candidato alla Presidenza dell'esecutivo.

O Ancora, nella Commissione Juncker è stato inserito un portafoglio che ha come dicitura *Education, Culture, Youth and Citizenship*; nel Trattato di Lisbona si parla di *cittadini europei* non nel senso di cittadinanza tradizionale così come era considerata nel Trattato di Maastricht; si parla di una *società europea* descritta con chiarezza nell'art. 2 TUE, ossia una società basata sul pluralismo, sulla non discriminazione, sulla solidarietà, sulla parità tra tutti gli uomini. Il Preambolo della CECA resta il manifesto più bello dell'europeismo culturale della nostra tradizione comune perché si parla del destino dell'Europa mettendo insieme popoli diversi per farne uno; il Trattato di Lisbona conferisce nuova linfa a quei valori riaffermando i principi comuni agli Stati membri, tra i quali spiccano i diritti fondamentali oltre a numerosi obiettivi indicati nel preambolo

È possibile enucleare una *classe sociale di base generazionale* che si percepisce nella realtà: gli *europei*, con delle proprie specificità che li differenziano dagli altri cittadini del mondo occidentale. Nello spazio europeo c'è una realtà in continuo movimento – basti pensare al fenomeno degli *erasmus*.

Un eventuale ritorno ad una sovranità nazionale non sarebbe accettata a livello sociale e culturale.

Per una società simile, vale la pena di rimanere in Europa.

Riferimenti bibliografici

BARBERA, Augusto (2000), *Esiste una «costituzione europea»?», in Quad. cost.*

BIFULCO, Raffaele, CARTABIA, Marta, CELOTTO, Alfonso (2001), *L'Europa dei diritti*, Bologna: Il Mulino.

BILANCIA, Paola (2014), *Il governo dell'economia tra stati e processi di integrazione europea*, in *rivistaaic.it*, n. 3/2014.

BIN, Roberto (2014), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *rivistaaic.it*, n. 3/2014.

CALIFANO, Licia (2013), *Relazione di sintesi al XVIII Convegno dell'AIC: intema di crisi economica e diritti fondamentali*, in *rivistaaic.it*, n. 4/2013.

CARAVITA, Beniamino (2012), *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*

CARTABIA, Marta, WEILER Joseph (2001), *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna: Il Mulino.

CARTABIA, Marta (2006), *"Unita nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in MORBIDELLI, Giuseppe e DONATI, Filippo (a cura di) *Una Costituzione per l'Unione Europea*, Torino: Giappichelli.

CARTABIA, Marta (2014), *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *forumcostituzionale.it*

CIANCIO, Adriana (2014), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione introduttiva*, in *rivistaaic.it*, n. 3/2014.

DE FIORES, Claudio (2012), *L'Europa al bivio. Diritti e questione democratica nell'Unione al tempo della crisi*, Roma:Ediesse.

DI MAJO, Luca *et alt.*, (2014), *L'omogeneità dei valori nell'Unione europea tra crisi economica e tutela dei diritti fondamentali: quali scenari?*, in *federalismi.it*, n. 18/2014.

DI SALVATORE, Enzo (2008), *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico istituzionale nel processo di integrazione*, Torino: Giappichelli.

DONATI, Filippo (2014), *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *rivistaaic.it*, n. 2/2014.

ENRIA, Andrea (2013), *La crisi in Europa, l'impatto sulle banche e la risposta delle autorità*, in *astrid-online.it*.

GARCIA HERRERA, Miguel Angel (2010), *Integrazione europea e "colpo di costituzione"*, in CANTARO, Antonio (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino: Giappichelli.

GIUBBONI, Stefano (2014), *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 142/2014.

GNESUTTA, Claudio (2014), *Il contenuto "costituzionale" della politica economica europea*, in *Alternativa per il socialismo*, 10.04.14.

LUPO, Nicola (2014), *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *rivistaaic.it*, n. 3/2014.

MANZELLA, Andrea, MELOGRANI, Piero, PACIOTTI Elena, RODOTA' Stefano (2001), *Riscrivere i diritti in Europa: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna: Il Mulino.

MARTINICO, Giuseppe (2009), *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli: ESI.

MORRONE, Andrea (2014a), *Crisi economica e diritti. Appunti per uno stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014.

MORRONE, Andrea (2014b), *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *rivistaaic.it*, n. 1/2014.

MORRONE, Andrea (2014c), *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *rivistaaic.it*, n. 3/2014.

NAPOLITANO, Giulio (2012), *L'incerto futuro della nuova governance europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012.

RAFFIOTTA, Edoardo Carlo (2013). *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*. Bologna: Bup.

SALAZAR, Carmela (2014), *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

SALVADORI, Margherita (2010), *Il diritto di accesso all'informazione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in <http://www.evpsi.org/evpsifiles/UE-Diritto-accesso-Salvadori.pdf>.

SCHMITT, Carl (1928), *Verfassungshere*, Berlin: Duncker & Humblot.

SPINELLI, Altiero (1959), *Il cammino e gli ostacoli*, in *Id., Dagli stati sovrani agli Stati Uniti d'Europa*, Firenze: La nuova Italia.

STAIANO, Sandro (2006), a cura di, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino: Giappichelli.

OLTRE LE “FORME DI GOVERNO”. APPUNTI IN TEMA DI “ASSETTI DI ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE” DELL’UNIONE EUROPEA

Renato Ibrido

Assegnista di ricerca

LUISS Guido Carli

Sommario:

- 1.- Il problema dei concetti nella UE.
- 2.- Il concetto di “forma di governo” come caso paradigmato di “path dependency”.
- 3.- La compenetrazione osmotica fra gli assetti di organizzazione costituzionale della UE e quelli degli stati membri.
- 4.- Un sistema parlamentare euro-nazionale a configurazione complessa?
- 5.- La UE come assetto di organizzazione costituzionale collaborativo.
- 6.- Verso una conclusione.

Riferimenti bibliografici degli autori citati

Abstract in italiano

OLTRE LE “FORME DI GOVERNO”. APPUNTI IN MATERIA DI “ASSETTI DI ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE” DELL’UNIONE EUROPEA

Nella tradizione dogmatica italiana, l’espressione “forma di governo” indica il complesso di norme relative alla allocazione dei poteri fra i diversi rami dell’apparato organizzativo statale e, più in generale, i rapporti fra tali organi. Può questa nozione essere applicata al contesto dell’Unione europea? Può l’Unione europea essere annoverata fra le forme di governo parlamentari? Oppure la U.E. sta diventando più simile allo schema di un “separation of power system” sul modello della democrazia composita statunitense?

Alla luce del dibattito sul “problema dei concetti” nel diritto costituzionale europeo, il paper si propone di seguire un percorso diverso rispetto all’impostazione metodologica che fa da sfondo a queste domande. Secondo la tesi che si intende sostenere, non necessariamente è l’assetto istituzionale della U.E. a dover essere ripensato sulla base delle “vecchie” categorie costituzionalistiche di origine statale, ma semmai è l’apparato concettuale degli stati membri ad incontrare nel processo di integrazione uno straordinario e decisivo fattore di attualizzazione.

Resumen en español

Más allá DE LA “FORMA DE GOBIERNO”. APUNTES en materia de “configuraciones de ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL” DE LA UNIÓN EUROPEA”

En la tradición dogmática italiana, la expresión “forma de gobierno” indica el complejo de normas en materia de distribución de poderes entre órganos constitucionales y, más en general, las relaciones entre estos órganos. ¿Es esta noción aplicable al contexto de la Unión Europea? ¿Es la U.E. una forma de gobierno parlamentaria? ¿O es más similar al modelo de “separation of power system” característico de la “democracia compuesta” de los Estados Unidos?

A la luz del debate sobre el “problema de los conceptos” en la Unión Europea, el trabajo trata de invertir el punto de vista metodológico desde el que se plantean estas preguntas. En este sentido, no necesariamente es el sistema institucional de la Unión europea a deber ser repensado a través de las “viejas” categorías constitucionales de derivación estatales. Al contrario, es el aparato conceptual de los estados miembros a encontrar en el proceso de integración un extraordinario y decisivo factor de actualización.

Abstract in English

BEYOND THE “FORMS OF GOVERNMENT”. NOTE ABOUT THE U.E. “DYNAMICS OF CONSTITUTIONAL ORGANIZATION”

In the Italian legal tradition, the expression “forms of government” (*forme di governo*) refers to the set of rules concerning the distribution of power among the branches of government and, more in general, the relationships between constitutional bodies. Is this notion applicable within the context of European Union? Is E.U. a parliamentary system? Or E.U. is more similar at the model of “separation of power system” proper to “compound democracy” of United States?

In the light of the discussion about the “problem of the concepts” in the European constitutional law, the paper tries to overturn this methodological perspective. In this framework, it is not necessary rethink the institutional structure of E.U. on the basis of the “old” domestic categories. On the contrary, the conceptual background of the member states meets in the integration process an important and decisive factor of bringing-up-to date.

1.- Il problema dei concetti nella UE

L'interrogativo se i concetti realizzatesi storicamente all'interno di modelli di unità statale sovrana possano fungere da chiavi di lettura del processo di integrazione europea costituisce un nodo aperto. A ben riflettere, d'altronde, il tema della "convivenza forzata" fra logica internazionalistica e logica costituzionalistica ha radici antiche, incontrando un importante precedente nella vicenda dei "federalismi per aggregazione". Basti pensare che già nel 1916 Rudolf Smend, rilevando la somiglianza del preambolo della Costituzione del *Reich* guglielmimo con quello di un trattato internazionale, ne lamentava l'inconferenza rispetto ai canoni stilistici di una costituzione statale.

Ebbene, la scelta di subordinare l'impiego nel contesto UE di determinate categorie di derivazione statale alla preventiva verifica della sufficiente convergenza delle opzioni organizzative accolte dalla UE rispetto a quelle sperimentate dallo stato nazionale si espone all'obiezione di elevare lo stato a parametro di riferimento quasi esclusivo nella comprensione del processo di integrazione. Sennonché, anche al netto di qualsiasi considerazione sulla specificità della parabola della UE rispetto a quella degli stati nazionali, la lettura dei processi di integrazione attraverso il prisma della statualità conduce a cristallizzare ed irrigidire un apparato concettuale che da tempo ha dimostrato di non saper reggere il passo di trasformazioni "endogene" già in atto all'interno degli stati stessi per cause che prescindono dalle dinamiche europee.

Da queste considerazioni discende la premessa metodologica sulla quale si articola il presente contributo. Secondo la tesi che si intende sostenere, non necessariamente è l'assetto istituzionale della UE a dover essere ripensato sulla base delle "vecchie" categorie costituzionalistiche di origine statale, ma semmai è l'apparato concettuale degli stati membri ad incontrare nel processo di integrazione uno straordinario e decisivo fattore di attualizzazione.

Se d'altronde si accede all'opinione secondo la quale è l'elaborazione delle categorie giuridiche ad essere strumentale rispetto alla ricostruzione della logica dei processi reali, e all'assunto heideggeriano in base al quale ogni scienza è tale nella

misura in cui riesca a mettere continuamente in crisi gli strumenti concettuali che essa stessa ha elaborato, è allora facile intuire, come in effetti già era stato rilevato nell'ambito del dibattito sulla storicità dei concetti giuridici, che i significati da attribuire alle categorie impiegate dai giuristi non sono immutabili, ma al contrario vivono nella storia e non sono comprensibili al di fuori di essa. A maggior ragione, in un frangente storico, quale quello attuale, nel quale gli ordinamenti costituzionali tendono a trascendere lo scenario degli stati come forme tipiche di organizzazione politica, la scelta di arroccarsi nella difesa di elaborazioni dogmatiche maturate in sistemi ordinati da canoni di gerarchia e di esclusività non può che dare corpo ad un senso di impotenza e disorientamento nel giurista che intenda misurarsi con i problemi posti dal processo di integrazione.

2.- Il concetto di “forma di governo” come caso paradigmato di “path dependency”

Nell'ambito della più ampia discussione sul trasferimento a livello UE degli schemi concettuali elaborati dalla dottrina del diritto pubblico dello stato nazione, la questione della configurabilità di una “forma di governo” dell'Unione europea occupa un posto senz'altro centrale.

Sotto questo profilo, il confronto fra gli indirizzi “scettici” ed i fautori dell'applicabilità del concetto di “forma di governo” alla UE si è giocato soprattutto su due terreni fondamentali. In primo luogo, tale confronto ha chiamato in causa il problema della legittimazione democratica dell'Unione. Valorizzando le interdipendenze fra “forma di stato” e “forma di governo”, ed escludendo l'utilità di una comparazione fra “forme di governo” collocate al di fuori delle democrazie pluraliste, alcuni autori hanno rintracciato nel carattere democratico dell'assetto istituzionale un pre-requisito essenziale ai fini della configurabilità di una “forma di governo” europea.

In secondo luogo, tale discussione ha investito lo scivoloso tema della sovranità. Chi identifica nella UE un ordinamento costituzionale non statale distinto da quello degli stati membri ma comunque in grado di esercitare frammenti di poteri sovrani nell'ambito della propria sfera di competenza appare più aperto, in linea di

principio, a ragionare nei termini di una “forma di governo europea” (CERVATI, 2000: 73 ss.). Coloro che invece, sulla scia della *Maastricht-Urteil*, muovono dalla premessa della permanenza in capo agli stati membri della titolarità della sovranità anche in relazione alle competenze “delegate” alla UE ritengono, invece, che soltanto per ellissi la categoria della “forma di governo” possa essere richiamata con riferimento all’Unione (LUCIANI, 2010: 540).

Gli orientamenti di ricerca che ammettono la possibilità di utilizzare nella descrizione dell’assetto istituzionale della UE i medesimi modelli già elaborati in relazione alle “forme di governo” o ai sistemi politici nazionali non costituiscono un blocco omogeneo. Mentre un primo indirizzo tende a valorizzare il profilo della responsabilità politica della Commissione nei confronti del Parlamento europeo, e dunque ad utilizzare schemi esplicativi sostanzialmente mutuati dalla tradizione della “forma di governo parlamentare” (HIX, 2008; MAGNETTE, 1999), una parte della dottrina politologica è convinta che la UE, lungi dal configurare un modello di parlamentarismo federale, sarebbe approdata invece ad un “*separation of power system*” sulla falsariga di quello già sperimentato dalla democrazia composita statunitense. Secondo tale approccio, precisamente, l’Unione sarebbe guidata da un esecutivo “bicefalo” (Consiglio europeo e Commissione) e da un legislativo bicamerale (Parlamento e Consiglio) (FABBRINI, 2010).

Entrambe le impostazioni hanno prestato il fianco a diverse obiezioni. Secondo la tradizione, infatti, il modello *veritable* di “governo parlamentare” è quello fondato sul rapporto di fiducia fra parlamento e governo. Una condizione, quest’ultima, semplicemente irrealizzabile a livello europeo: sebbene la Commissione sia soggetta al voto di investitura del Parlamento, essa non esaurisce di certo il perimetro dell’esecutivo dell’Unione, ma ne rappresenta soltanto uno dei molteplici “luoghi” nei quali tale potere si frammenta e si disperde. L’esecutivo “diffuso” della UE coinvolge invece ulteriori soggetti, in primo luogo il Consiglio europeo ed il suo Presidente, i quali risultano politicamente irresponsabili dinanzi al Parlamento.

Ancora più problematica appare la seconda proposta ricostruttiva. L’idea di un sistema europeo a separazione dei poteri, pur trovando conforto nell’assenza del

potere di scioglimento, appare smentita dalla natura ibrida del Consiglio, istituzione immessa nel procedimento legislativo ma che al tempo stesso è chiamata ad esercitare anche alcune funzioni di carattere esecutivo. Emblematico è, sotto questo profilo, il meccanismo di “auto-delega” di funzioni di esecuzione previsto dall’art. 291 TFUE.

Inoltre, l’assimilazione del Consiglio con una seconda camera sul modello *Bundesrat* finisce per trascurare la circostanza che i meccanismi di funzionamento del Consiglio sono irriducibili rispetto a quelli di una assemblea parlamentare. Non a caso, lo stesso *status* parlamentare della seconda camera nazionale che sarebbe stata oggetto di imitazione a livello europeo ha alimentato dubbi e incertezze in dottrina. Ma anche ad ammettere, per assurdo, l’esistenza nella UE di un bicameralismo federale, il Consiglio dovrebbe essere allora accostato al *Bundesrath* della Costituzione del *Reich* tedesco del 1871 – la quale riservava a questa camera una collocazione prioritaria fra gli organi federali – piuttosto che non al *Bundesrat* del *Grundgesetz* del 1949.

Ma c’è di più. Quando si utilizzano in relazione alla UE i modelli di governo elaborati mutuati dall’esperienza organizzativa degli stati nazionali si rischia di sottovalutare il fatto che l’assetto istituzionale dell’Unione non costituisce un blocco omogeneo, ma che il livello di “parlamentarizzazione” o di “separazione dei poteri” si differenzia notevolmente a seconda dei diversi settori e materie nelle quali la UE è chiamata ad operare. Basti pensare ai campi della politica estera e monetaria, nei quali il tradizionale dualismo fra istanza intergovernativa e istanza democratico-rappresentativa sembrerebbe risolversi secondo soluzioni organizzative radicalmente agli antipodi rispetto a quelle accolte nelle materie soggette alla procedura legislativa ordinaria. In sostanza, se si vuole evitare di incorrere nell’equivoco già segnalato dalla teoria dei mutamenti di paradigma (T. KUHN, 1962), dove le eccezioni che sfuggivano al modello esplicativo generale continuavano a moltiplicarsi fino a ribaltare il rapporto regola-eccezione, non è sufficiente parlare della UE nei termini di un “*hybrid model*”, ma occorre assumere il prisma della “differenziazione” quale fondamentale criterio metodologico nella ricostruzione delle norme organizzative dell’Unione.

Invero, il concetto di “forma di governo” costituisce, per molti aspetti, un caso esemplare di “*path dependency*”, espressione impiegata dagli economisti per indicare la persistenza di determinati modelli concettuali malgrado la loro inefficienza, poiché i costi connessi all’elaborazione di un paradigma alternativo sono considerati ancora troppo elevati. In relazione all’inefficienza di tale concetto mi limito qui a richiamare due aspetti.

In primo luogo, occorre tenere conto che la locuzione “forma di governo”, benché particolarmente familiare alla dottrina costituzionalistica italiana, è tutto sommato storicamente recente e comunque applicata in una area geografica limitata. Ma anche a voler restringere il campo alla considerazione delle sole tradizioni culturali dei paesi della UE, rimane il fatto che il tema della “forma di governo” è sostanzialmente sconosciuto ad alcune esperienze, come quella del Regno Unito, mentre in altre – si pensi alla Spagna – è comunque oggetto di scarsa attenzione da parte dei costituzionalisti. Già questo primo dato potrebbe suggerire di evitare approcci “provinciali” o “nazionalistici” rispetto a trasformazioni costituzionali che, investendo 28 diverse realtà nazionali, richiedono un lessico scientifico maggiormente “inclusivo”.

In secondo luogo, l’impiego della espressione “forma” presuppone un elevato grado di compattezza fra il quadro delle norme organizzative formate secondo percorsi tipici di produzione normativa e le reali dinamiche dei rapporti fra gli organi costituzionali. Se dunque la teoria delle “forme di governo” muove dalla premessa della capacità dei tentativi di razionalizzazione di “modellare” la realtà, lo studio dell’esperienza organizzativa della UE sembra squadernare scenari molto più complessi, ponendo l’accento, fra l’altro, su una certa portata ricettiva e ricompositiva dei processi di scrittura dei trattati. In ultima analisi, l’idea di “forma” appare incompatibile con il basso livello di cogenza delle regole concernenti gli assetti istituzionali e con lo speculare fenomeno dalla elevata capacità di un nucleo di regole di natura informale di imprimere effettiva prevedibilità al comportamento degli attori istituzionali europei.

Basti pensare, solo per citare alcuni esempi, alla scelta delle istituzioni di non applicare, per così dire, “*nemine contradicente*”, l’art. 290 TFUE nella parte in cui tale disposizione prescrive agli atti legislativi di delimitare espressamente la durata della delega. Oppure si pensi alla procedura Barroso, la quale – a partire dal settembre 2006 – ha regolato la trasmissione delle proposte legislative e dei documenti di consultazione ai Parlamenti nazionali sulla base di due lettere della Commissione. Spunti significativi vengono altresì dall’Accordo quadro sulle relazioni tra il PE e la Commissione del 2010, il quale, fra l’altro, introduce una inedita procedura finalizzata a rimuovere il singolo commissario che non goda più dell’appoggio del Parlamento. Questi esempi confermano che la prevedibilità dei comportamenti delle istituzioni risulta condizionata più da alcune regole organizzative prive di un aggancio in espresse meta-norme sulla produzione che non piuttosto dai congegni di razionalizzazione inseriti nei Trattati.

In questo contesto, l’esperienza organizzativa della UE costituisce una ulteriore conferma di quanto già osservato da Gareth Davies, ossia che i difetti pratici e le aporie dogmatiche segnalate dal diritto costituzionale europeo possono rappresentare un utile specchio di criticità che in realtà investono già alla base gli apparati concettuali degli stati nazionali. Ebbene, proprio l’interfaccia della UE rende più facilmente visibili i profili di inefficienza della categoria della “forma di governo”. Ciò non equivale, naturalmente, ad una “rottamazione” del fondamentale e imprescindibile contributo di Mortati, Elia e degli altri grandi Maestri che in passato hanno dedicato importanti studi al tema delle “forme di governo”. Si tratta invece di “storicizzare” quel contributo e di evidenziare in che misura molti di questi studiosi non si siano occupati in realtà di “forme”, ma, appunto, di “assetti di organizzazione costituzionale”.

La formula appena enunciata si compone di due nuclei essenziali. Il primo, collegato al termine “assetto”, intende esprimere la dinamicità e la concretezza delle soluzioni istituzionali chiamate ad organizzare il processo politico. Una dinamicità che non viene invece colta dalla locuzione “forma”, la quale sembra pagare un tributo eccessivo ad una concezione “*law on the books*” anziché “*law in action*” del fenomeno giuridico. La scelta di impiegare l’espressione “assetti” muove dunque dalla

constatazione che le società pluralistiche «non approdano necessariamente alla stabilizzazione dei rapporti di dominio» – il punto è emerso con particolare chiarezza nelle ricerche comparatistiche sulle “transizioni” – ma piuttosto producono nel tempo «assetti convenzionali, equilibri, (...) concordanze pratiche» (RIDOLA, 2011: 29).

Il secondo elemento della formula qui proposta è invece rappresentato dalla espressione “organizzazione costituzionale”. In particolare, l’aggettivo “costituzionale” ha il pregio di rimarcare la distanza con il concetto di “*governance*”. Beninteso: non si vuole negare che la UE sia oggi un banco di prova di processi decisionali multipolari di tipo orizzontale e informale. Si vuole invece sottolineare che il *deficit* di legittimazione dei sistemi di *governance* non consente di elevare questi ultimi a criterio esclusivo o privilegiato di comprensione degli assetti organizzativi della UE, in quanto essi si basano sul presupposto che l’individuo possa incidere sui processi di formazione delle decisioni pubbliche non tanto nella sua qualità di elettore e membro di una comunità politica, ma semmai in altre vesti, che a seconda dei casi potranno essere quella di utente, consumatore, lavoratore, *etc.* Il termine *governance* non consente dunque di cogliere l’aspetto costitutivo delle esperienze organizzative del costituzionalismo: l’idea che non sia sufficiente limitare il potere, ma che sia necessario altresì costruirne e preservarne le basi di legittimazione. Una angolatura di ricerca, quella del rapporto fra limitazione e legittimazione del potere, che invece appare assolutamente centrale per chi si proponga di “misurare” determinati assetti organizzativi secondo una prospettiva “costituzionalistica” e non già di mera efficienza decisionale.

Va aggiunto che il comparatista «non può arrestarsi alla costruzione di schemi, famiglie, formanti», poiché la comparazione «si alimenta della tensione dialettica fra l’uno e il diverso, si muove fra i due poli delle *Unterschiede* e delle *Gemeinsamkeiten*. E fra questi due poli si sviluppano processi di scambio e interdipendenze, i quali non si esauriscono in un puro esercizio classificatorio, perché attivano un “processo culturale” di *Rezeption* e di *Produktion*» (RIDOLA, 2010: 245). In particolare, in relazione ai contenuti organizzativi delle costituzioni, l’utilizzo di gerarchie di inclusione conduce ad esiti paradossali: da un lato la tendenza della teoria delle “forme di governo” ad incasellare esperienze diverse per storia, cultura e architettura istituzionale all’interno

del medesimo “tipo” finisce per appiattare l’analisi comparatistica entro la prospettiva di una «*présomption de similarité*» (LEGRAND, 1999: 36) che trascura una delle acquisizioni più significative della filosofia epistemologica, vale a dire l’identificazione del fine del sapere scientifico con «la ricerca prioritaria e fondamentale della differenza» (FOUCAULT, 1982: 74). Dall’altro lato, l’accatastamento di ordinamenti all’interno di modelli diversi conduce a considerare ciascuna “classe” come sostanzialmente isolata e autoreferenziale. Gli assetti di organizzazione costituzionale si alimentano invece di continui contatti, contaminazioni e concordanze. Da circuiti “comunicativi” e “migrazioni” le quali, in coerenza con la logica haeberliana del *Textstufenparadigma*, rifuggono peraltro da qualsiasi schema di natura omologante. Al pari di altre scienze umane, anche la comparazione costituzionale si presta invece ad essere guidata dal “ragionamento per paradigmi”. È merito di Giorgio Agamben, sulla scia degli studi di Thomas Kuhn, aver ripreso il concetto di paradigma di Aristotele, chiarendo che esso non è una forma di conoscenza induttiva o deduttiva, bensì analogica, la quale muove dalla singolarità alla singolarità, neutralizzando la coppia dicotomica generale/particolare. Ebbene, anche la UE, lungi dal poter essere catalogata in un determinato modello organizzativo, deve essere invece concepita nei termini di un “paradigma”, un caso esemplare in grado di illuminare un panorama di esperienze molto più vasto. Da questo punto di vista, gli assetti di organizzazione costituzionale della UE costituiscono un parametro di riferimento sotto almeno tre diversi profili: quale paradigma di esperienze caratterizzate dalla compenetrazione osmotica fra apparati organizzativi di ordinamenti diversi; come “sistema parlamentare euro-nazionale a configurazione complessa”, il quale confermerebbe la valenza paradigmatica della UE rispetto ad altri contesti di parlamentarizzazione post-nazionale; quale caso esemplare, infine, degli assetti di organizzazione costituzionale fondati sul principio collaborativo.

3. La compenetrazione osmotica fra gli assetti di organizzazione costituzionale della UE e quelli degli stati membri

La complementarità fra ordinamenti diversi non costituisce un fenomeno nuovo. Già attorno alla metà del Seicento, von Pufendorf aveva incominciato ad

impiegare la nozione di “*res publica composita*”, volendosi riferire alle esperienze degli stati costituiti da una molteplicità di persone giuridiche. Successivamente, nel n. 51 del *Federalist*, Madison avrebbe coniato l’espressione “*compound republic*”, formula alla quale appaiono chiaramente debitorie le teorie della “*compound democracy*” e della “costituzione composita”. Peraltro, se, come è stato autorevolmente dimostrato da della Cananea, il fenomeno degli ordinamenti compositi ha radici antiche, nondimeno la UE, a causa del peculiare livello di interdipendenza fra processi di costituzionalizzazione della UE e dinamiche di europeizzazione delle costituzioni degli stati membri, ne sembrerebbe costituire il prodotto più raffinato. Il paradigma, se si preferisce. Di questo intreccio fra realtà costituzionali diverse ma complementari, il tema degli assetti di organizzazione costituzionale costituisce un punto di osservazione privilegiato.

Da un lato, le dinamiche organizzative “domestiche” condizionano concretamente il funzionamento dell’assetto istituzionale della UE trasferendosi poi, per la circolarità dei processi europei di osmosi costituzionale, anche agli altri stati membri. Basti pensare, ad esempio, al ruolo assunto in alcuni paesi dall’istituto referendario nell’ambito dell’*iter* di ratifica dei Trattati. Un percorso procedurale, quest’ultimo, il quale ha contribuito ad immettere nel circuito decisionale della UE un polo trasversale ai circuiti della mediazione politico-partitica. Oppure si pensi alla diversa legittimazione dei componenti del Consiglio europeo, la quale naturalmente finisce per incidere sul “tasso di parlamentarizzazione” complessivo dell’Unione e, seguendo un andamento di tipo circolare, anche su quello degli stati membri. Così, mentre alcuni paesi, come ad esempio Francia e Cipro, sono rappresentati in seno a questo collegio da presidenti eletti a suffragio universale diretto e irresponsabili dinanzi al Parlamento, i *premier* presenti nel Consiglio europeo godono invece di una legittimazione di derivazione parlamentare. Talvolta, questa rete organizzativa di comunicazione interattiva si estende anche agli assetti di governo delle realtà regionali. Emblematica, per esempio, è la questione della partecipazione alle sedute del Consiglio di esponenti delle entità sub-statali, possibilità che è tuttavia subordinata dall’attribuzione a livello nazionale dello *status* ministeriale ai rappresentanti delle

comunità regionali. Un rango che in Italia, a differenza di quanto avviene in Germania, è riconosciuto solamente al Presidente della Regione siciliana.

Dall'altro lato, sono le stesse dinamiche istituzionali della UE ad aver messo in moto processi di trasformazione degli assetti di organizzazione costituzionale degli stati membri. In particolare, la constatazione, a seguito del processo di integrazione, del rafforzamento degli esecutivi sui parlamenti – nonché, nell'ambito della struttura interna dei governi, del principio monocratico rispetto a quello collegiale – è pacificamente condivisa sia dalla dottrina costituzionalistica sia da quella politologica. A tale *trend* si accompagna poi il potenziamento del ruolo dei ministri delle finanze, i quali, specialmente in virtù delle funzioni svolte all'interno dell'ECOFIN e ora dell'Eurogruppo, di fatto, hanno finito per assumere una posizione intermedia fra quella riservata al capo del governo e quella spettante agli altri ministri. Elementi di novità nelle dinamiche organizzative statuali sono stati poi determinati dall'*early warning mechanism* (E.W.M.). Non a caso, negli ordinamenti caratterizzati da un bicameralismo differenziato, l'attribuzione di un voto a ciascun ramo del parlamento ha introdotto un fattore di riequilibrio nei rapporti fra l'assemblea inserita nel circuito fiduciario e la seconda camera. Riconducibile alle clausole di europeizzazione degli assetti di organizzazione costituzionale degli stati membri è l'art. 10 TUE, in base al quale gli esecutivi e i capi di stato e di governo, nel rappresentare i propri paesi in seno al Consiglio e al Consiglio europeo, sono «a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini». È appena il caso di osservare che la disposizione in esame introduce un primo filtro rispetto ad assetti di organizzazione costituzionale considerati non compatibili con il Trattato. Per esempio, resterebbe fuori dalle soluzioni conformi al T.U.E l'opzione per il c.d. “governo direttoriale” di tipo svizzero, in quanto, in tale assetto, il raccordo fra esecutivo e legislativo si esaurisce con la elezione del primo da parte del secondo. Altresì riconducibile alle clausole di europeizzazione è il catalogo dei poteri europei dei parlamenti nazionali (in particolare l'art. 12 TUE e i due primi Protocolli allegati al Trattato di Lisbona). È indubbio che queste prerogative abbiano contribuito a compensare i parlamenti, almeno parzialmente, di alcuni spazi decisionali ceduti agli

esecutivi nazionali in funzione del processo di integrazione. Ciò appare evidente anche in relazione ai “poteri informativi”, i quali costituiscono una prima risposta a quel problema della “*informational asymmetry*” che la più attenta dottrina ha individuato come uno dei principali fattori alla base della “*executive dominance issue*”.

4. Un sistema parlamentare euro-nazionale a configurazione complessa?

Muovendo dalla nozione di “sistema” proposta dalla teoria generale dei sistemi – ed in particolare dalla definizione di von Bertalanffy – un recente indirizzo dottrinario ha suggerito di inquadrare le dinamiche parlamentari della UE entro la cornice di un “sistema parlamentare euro-nazionale” (MANZELLA-LUPO, 2014). Tale sistema sarebbe composto da diversi elementi in interazione in grado di influenzarsi reciprocamente: taluni di diretta matrice parlamentare (il PE, le assemblee nazionali e regionali, la cooperazione interparlamentare, il “metodo convenzione”); altri di origine governativa (gli esecutivi nazionali e l’esecutivo “frammentato” della UE), ma comunque rilevanti ai fini del “sistema” in quanto sottoposti al potere di indirizzo-controllo di organi di natura parlamentare. Come dimostra in particolare l’esperienza delle conferenze interparlamentari, le dinamiche di questo “sistema” sembrano caratterizzarsi soprattutto per l’ampiezza delle attività informali che precedono o seguono l’adozione di decisioni formali nonché per un uso discreto dei poteri di persuasione. In sostanza, verrebbe in rilievo quella categoria giuridica dell’influenza la quale si presenta come “un qualcosa in più” rispetto al metodo della consultazione ed “un qualcosa in meno” rispetto a quello della codecisione.

Questa ricostruzione del ruolo delle assemblee rappresentative nella UE si propone di superare la lettura “federalista” che individua l’esistenza di un modello di rigida separazione fra parlamenti nell’ambito del quale le connessioni fra gli attori parlamentari europei tendono a svolgersi per lo più su un piano personale (Miccù, 1999: 169). Essa si contrappone tuttavia anche alla tesi secondo la quale l’*early warning mechanism* avrebbe dato origine ad una sorta di “*virtual third chamber*” (in aggiunta a Parlamento europeo e Consiglio), la quale eserciterebbe le funzioni di un’assemblea legislativa pur senza la necessità di riunirsi nel medesimo spazio fisico

(COOPER, 2012). Sia pur con alcune differenze non marginali, la teoria del “sistema parlamentare euro-nazionale” presenta una maggiore affinità con il filone del “*multilevel parliamentary field*” (CRUM-FOSSUM, 2009), del quale, per alcuni aspetti, sembrerebbe costituire l’evoluzione.

Sia consentito aggiungere che il tornante di ricerca del “sistema parlamentare euro-nazionale” appare complementare con quello che individua nella UE un ordinamento a configurazione complessa (MARTINICO, 2013). In effetti, se si muove da una rassegna comparatistica dei significati che la nozione di complessità assume nelle varie scienze (matematica, sociologia, diritto, psicologia, fisica, filosofia) è forse possibile rintracciare nel “sistema parlamentare euro-nazionale” le stesse caratteristiche morfologiche che gli “scienziati” attribuiscono ai sistemi complessi: la non riducibilità; la non reversibilità; la non predicibilità; la non determinabilità.

La lettura sistemica del ruolo dei parlamenti in Europa, la quale oltrepassa l’idea di un mero “*networks of legislators*” (SLAUGHTER, 2004: 104 ss.), sembra cogliere un secondo aspetto di paradigmaticità dell’esperienza organizzativa della UE. Sebbene, infatti, la parlamentarizzazione di contesti post-nazionali non sia estranea anche ad altre realtà regionali – si pensi alla vicenda del Parlamento centro-americano o delle Commissioni parlamentari del Mercosur o della NAFTA – non vi è dubbio, peraltro, che è nella UE dove queste dinamiche hanno incontrato i propri sviluppi più strutturati, individuando così il caso esemplare di parlamentarizzazione oltre i confini dello stato nazionale.

Rimangono peraltro sul tappeto diverse questioni aperte. In primo luogo, si discute se il progressivo percorso di “*empowerment*” del Parlamento europeo abbia condotto questa istituzione ad essere «*one of the most powerful elected assemblies in the world*» (HIX – NOURY – ROLAND, 2007: 3) oppure se, al contrario, si tratti di una camera non ancora paragonabile ad un parlamento nazionale. Per un verso, infatti, il PE è l’unica assemblea elettiva in grado di bloccare la volontà unanime dei paesi membri di una organizzazione formata da stati. Una assemblea, come è stato scritto, ancora «nel pieno della sua giovinezza»: mentre i parlamenti nazionali arrancano con fatica «sotto il peso degli esecutivi, delle trasformazioni della società civile e dei

processi di integrazione europea e di globalizzazione» (FASONE-LUPO, 2012: 355), il PE ha dimostrato una maggiore capacità di reazione e anticipazione dei cambiamenti, anche assicurando un canale di rappresentanza a quelle forze sociali che invece non riescono ad esprimersi attraverso i parlamenti nazionali. Dall'altro lato, permangono zone di grave marginalità. Penso, ad esempio, alla quasi totale esclusione di questa istituzione dai circuiti decisionali in materia di politica estera, la quale sarebbe semplicemente inimmaginabile a livello nazionale. Penso, ancora, alle modalità di governo economico della UE, le quali appaiono simili più «ad una gestione mediante autorità indipendenti» che non «ad un processo politico di decisione su basi democratiche» (RIDOLA, 2010: 337). Una traiettoria che aveva già condotto J.P. FITOUSSI (2002: 7, 44) ad evocare la nota immagine del «dittatore benevole».

Una seconda questione aperta concerne l'esercizio in forma individuale oppure collettiva dei poteri europei dei parlamenti nazionali. Secondo un acuto indirizzo dottrinale, mentre l'azione individuale dei parlamenti nazionali opererebbe solamente quale fonte indiretta di legittimazione democratica, incidendo a livello domestico secondo lo schema del paradigma pluralista proposto dalla *Maastricht-Urteil*, l'azione collettiva garantirebbe invece un supplemento di legittimazione democratica già a livello europeo, vale a dire un *quantum* di legittimazione aggiuntivo non mediato dalle risorse di democraticità degli stati membri (KNUTELSKÁ, 2013).

Un ulteriore interrogativo riguarda poi i rapporti fra Parlamento europeo e parlamenti nazionali: mentre in alcuni frangenti è prevalso un atteggiamento "cooperativo" fra queste istituzioni, così consolidando il raccordo e la complementarità dei rispettivi ruoli, in altre fasi ciascuno di questi soggetti si è mosso in una prospettiva "competitiva". E ciò sulla base del pregiudizio secondo il quale una espansione del ruolo delle camere nazionali corrisponderebbe ad un rafforzamento inversamente proporzionale del PE (e viceversa). Si spiega così la resistenza del PE all'introduzione di modelli organici di cooperazione fra i parlamenti nazionali, fra l'altro accusati di agire in direzione eccessivamente filo-statalista, nonché il tentativo di questi ultimi di escludere o marginalizzare il PE nell'ambito delle conferenze esistenti.

5. La UE come assetto di organizzazione costituzionale collaborativo

Infine, la UE può essere assunta a paradigma di assetti di organizzazione costituzionale che hanno riconosciuto una posizione centrale all'elemento collaborativo. Anche in numerose esperienze nazionali, *in primis* nelle costituzioni statuali che hanno "codificato" il principio di leale collaborazione, l'elemento collaborativo costituisce uno dei parametri generali in grado di orientare l'intero sistema di allocazione delle funzioni e competenze. Peraltro, tale elemento sembra esprimere a livello europeo qualcosa in più di un obbligo di cooperazione leale: nella scelta di affidare le *chances* di integrazione ad una rete di autovincoli reciproci di lealtà e "*fair play*", al principio di "sincerità" se si preferisce, è racchiusa infatti l'idea stessa di "governo" nell'Unione.

Da questo punto di vista, il principio collaborativo comporta innanzitutto che le regole della contrattazione istituzionale fissate dai Trattati ed integrate, interpretate e talvolta "riscritte" mediante il libero consenso delle istituzioni rimangano sottratte al gioco delle maggioranze politiche. Anzi, «il controllo reciproco tra le istituzioni fa sì che l'eventuale violazione delle regole sia, prima ancora che sanzionata sul piano giuridico (...) adoperata come arma di negoziazione da un'istituzione verso l'altra, col risultato che i criteri prestabiliti sono generalmente rispettati». Ne discende che «la violazione delle regole comuni costituirebbe un punto di netta debolezza nelle negoziazioni interistituzionali. La compresenza di più arene decisionali comporta che chi non accetta le regole da tutti condivise si mette "fuori" dal sistema, vedendo in partenza sacrificati gli interessi di cui è portatore» (VOSA, 2011: 39).

È chiaro ed evidente che le regole organizzative formate nel rispetto delle procedure tipiche di produzione normativa, *in primis* i Trattati, mantengono la loro prescrittività. E tuttavia è «la prescrizione a diventare diversa» (PALERMO, 2005: 242). Il motore di un sistema policentrico e pluralistico come quello della UE, lungi dall'identificarsi con l'imposizione sanzionatoria, sfuma infatti nella determinazione dinamica e partecipativa delle regole secondo schemi post-autoritari i quali tendono ad anticipare, per quanto possibile, il momento del conflitto attraverso forme di

coinvolgimento non predeterminate e secondo una impostazione nella quale l'atipicità tende a diventare la regola e la tipicità a sfumare nell'eccezione.

Non mancano, naturalmente, le zone d'ombra. Un primo problema è quello relativo alla c.d. "burocratizzazione" della UE, vale a dire il trasferimento dei luoghi nei quali vengono assunte le decisioni in sedi negoziali esterne rispetto a quelle tipiche. Il secondo problema, al primo strettamente collegato, può essere riassunto con l'immagine del "labirinto procedurale": la crescente complessità delle procedure nella UE, difficilmente decifrabili dal non addetto ai lavori, ha fatto balzare in primo piano la questione dell'estraniamento dell'opinione pubblica dai processi democratici.

È noto che il ruolo del procedimento nelle società democratiche sia stato oggetto di due fondamentali declinazioni. Per un verso, la teoria luhmanniana del procedimento quale strumento di riduzione delle complessità ha identificato le potenzialità "legittimanti" dei procedimenti con la loro capacità di incanalare la complessità sociale verso l'approdo unificante della deliberazione (LUHMANN, 1995). Per altro verso, la concezione habermasiana del procedimento come varco dell'"agire comunicativo" ha individuato nel principio del contraddittorio lo strumento che in contesti pluralistici consente alla "periferia" dello spazio pubblico di incidere sulle scelte del "centro" detentore delle competenze decisionali a livello istituzionale, legittimandole (HABERMAS, 1996). Ebbene, a modo loro anche il labirinto procedurale e la burocratizzazione offrono una risposta al dilemma di fondo relativo al ruolo del procedimento nelle società democratiche, privilegiandone «la funzione "discorsiva" (...) a scapito di quella di riduzione delle complessità» (RIDOLA, 2010: 312). Che ciò sia sufficiente per chiudere una volta per tutte il discorso sulla legittimazione democratica della UE appare quanto meno dubbio. E ciò non tanto per alcune critiche alla teoria della "democrazia discorsiva" di Habermas. Quanto piuttosto perché in quella concezione la tenuta della presunzione di razionalità dei risultati raggiunti in modo conforme al procedimento è comunque indissolubilmente legata all'edificazione di un solido apparato di garanzie "non ottriate" di pubblicità e trasparenza dei processi decisionali. Un progetto, quest'ultimo, il quale appare appena abbozzato in un ordinamento dove una larga parte del processo decisionale continua a svolgersi "a

porte chiuse". Non a caso, il Consiglio è stato identificato con l'organo caratterizzato da un maggior livello di segretezza tra tutti i collegi che esercitano funzioni legislative fra quelli collocati ad ovest di Pechino (Hix, 2008).

6.- Verso una conclusione

In una intervista densa e ricca di significato, Giorgio AGAMBEN (2006: 8) ha paragonato il proprio modo di pensare il rapporto tra la vita ed i luoghi ad una topografia esistenziale: unendo, attraverso uno *scanner*, frammenti di diverse mappe, Agamben aveva composto una specie di grande città immaginaria nella quale un vicolo di Roma sboccava in una piazza di Parigi, un *boulevard* parigino finiva in una stradina di Berlino, e così via. Questa immagine appare particolarmente adatta a fotografare il problema dei concetti nella UE. Si pensi al controllo di proporzionalità: articolato inizialmente dalla Corte di giustizia sulla base delle acquisizioni della giurisprudenza tedesca, esso si è gradualmente avvicinato alla versione francese, e nella sua nuova declinazione "europea" è stato poi recepito nuovamente dal giudice tedesco. Non si tratta quindi di trasformare il diritto costituzionale europeo in un *collage* dei "migliori concetti" elaborati nella cornice delle dogmatiche nazionali. Si tratta semmai di mettere in luce in che modo, concetti nazionali talvolta irriducibili ad unità siano collocati nella "mappa" in posizioni fra loro collegate e comunicanti, sicché, per dirla con GADAMER (1983: 425), nel loro incontro ciascuna di queste tradizioni "si mette in causa". Se così è, la costruzione dei concetti nello spazio europeo sembra richiedere al giurista coscienza storica delle radici comuni, consapevolezza delle differenze, capacità di costruire panorami comparativi e, in ultima analisi, visione del futuro e una buona dose di immaginazione.

Riferimenti bibliografici degli autori citati

AGAMBEN, Giorgio (2006), intervista in *Alias*, supplemento de *Il manifesto*, 9-9-2006, 8 ss.

CERVATI, Antonio (2000), Elementi di indeterminatezza e di conflittualità nella forma di governo europea, in *Annuario AIC 1999. La Costituzione europea*, Padova, Cedam, 73 ss.

COOPER, Ian (2012), A “Virtual Third Chamber” for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon, in *West European Politics*, 3, 2012, 441 ss.

CRUM, Ben – FOSSUM, John E. (2009), The Multilevel Parliamentary Field: A framework for theorizing representative democracy in the E.U., in *European Political Science Review*, 249 ss.

FABBRINI, Sergio (2010), *Compound democracies: why the United States and Europe are becoming similar*, Oxford, OUP.

FASONE, Cristina, LUPO, Nicola (2012). Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno, in *Studi sull'integrazione*, 329 ss.

FITOUSSI, Jean-Paul (2002), *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, Bologna, il Mulino.

FOUCAULT, Michelle (1982). *Le parole e le cose: un'archeologia delle scienze umane*, Milano, Rizzolin.

GADAMER, Hans-George (1983), *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 425 ss.

HABERMAS, Jürgen (1996), *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini.

HIX, Simon (2008), *What's Wrong with the Europe Union and How to Fix It*, Cambridge, PP.

HIX, Simon, NOURI Abdul, ROLAND Gérard (2007). *Democratic politics in the European Parliament*, New York, CUP.

KNUTELSKÁ, Viera (2013), Cooperation among National Parliaments: An Effective Contribution to EU Legitimation?, in B. CRUM – J.E. FOSSUM (cur.), *Practices of Inter-*

parliamentary Coordination in International Politics: The European Union and Beyond, Essex, ECPR Press, 35 ss.

KUHN, Thomas (1962), *The structure of scientific revolutions*, Chicago, UCP.

LEGRAND, Pierre (1999). *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 8 ss.

LUCIANI, Massimo (2010), *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Aggiornamento, Milano, Giuffrè, 538 ss.

LUHMANN, Niklas (1995), *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*², Milano, Giuffrè.

MAGNETTE, Paul (1999), *L'Unione européenne: un regime semi-parlementaire*, in P. DELWIT – J.M. DE WAELE – P. MAGNETTE (cur.), *A quoi sert le Parlement européen?*, Bruxelles, Editions Complexe, 25 ss.

MANZELLA, Andrea – LUPO, Nicola (2014), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, Giappichelli.

MARTINICO, Giuseppe (2013), *The tangled complexity of the E.U. constitutional process: the frustrating knot of Europe*, London – New York, Routledge.

MICCÙ, Roberto (1999), *Il "duplice volto" del deficit democratico nell'Unione europea*, postfazione a RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, Guida, 165 ss.

PALERMO, Francesco (2005). *La forma di stato dell'Unione europea*, Padova, Cedam.

RIDOLA, Paolo (2010). *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli.

RIDOLA, Paolo (2011). *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2004), *A new world order*, Princeton – Oxford, Princeton University Press.

SMEND, Rudolph (1916), *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Festgabe für Otto Mayer: zum siebenzigsten geburtstag dargebracht von Freunden, Verehrern und Schülern*, 245 ss.

VOSA, Giuliano (2011), "Legiferare con intelligenza" fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione nel diritto parlamentare europeo, in Osservatorio sulle fonti.it, 3.

LOS EFECTOS SECUNDARIOS DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS: APUNTES SOBRE LA AFECTACIÓN DE SUS FUNCIONES Y DE LOS PROCESOS DECISORIOS

Sabrina Ragone
*Max Planck Institute**

Sumario:

- 1.- Introducción.
- 2.- *El “marco constitucional”* de la UE (notas preliminares).
- 3.- Los efectos sobre el proceso decisorio: ejemplos representativos.
- 4.- Los efectos sobre el papel de las instituciones: ejemplos representativos.
- 5.- Conclusiones: ¿con las glorias se olvidan las memorias?

Referencias bibliográficas.

* Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (with the support of DFG, Deutsche Forschungsgemeinschaft).

Resumen en español

LOS EFECTOS SECUNDARIOS DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

El presente estudio parte de la idea de que las consecuencias de la crisis económica van más allá de la mera vertiente financiera y presupuestaria, afectando a las bases “constitucionales” de la Unión Europea.

La gestión de la respuesta a la crisis, en efecto, ha tenido algunos efectos secundarios de gran calado, que han modificado, al menos de facto, el “decision-making process” empleado para aprobar las medidas normativas necesarias (a) y el equilibrio inter-institucional dentro de la misma Unión (b).

En el análisis de ambos fenómenos se hace referencia a ejemplos específicos para intentar demostrar en qué momentos concretos se ha sorteado el proceso decisorio legalmente establecido y cuáles son los actores que han visto su papel incrementado o disminuido.

El examen de estos elementos es el fundamento de unas conclusiones relativas a los retos de futuro de la UE, que tendrá que repensar su propio marco institucional y legal a la luz de esta reciente experiencia.

Abstract in italiano

GLI EFFETTI COLLATERALI DELLA CRISI ECONOMICA SULLE ISTITUZIONI EUROPEE

Il presente studio parte dalla premessa che le conseguenze della crisi economica vanno al di là degli aspetti meramente finanziari e di bilancio, poiché incidono sulle basi “costituzionali” dell’Unione europea.

La gestione della risposta alla crisi, infatti, ha avuto alcuni effetti secondari notevoli, che hanno modificato, per lo meno *de facto*, il “decision-making process” usato per approvare le misure normative necessarie (a) e l’equilibrio inter-istituzionale all’interno dell’Unione medesima (b).

Nell’analisi di entrambi questi fenomeni, si fa riferimento a esempi specifici per cercare di dimostrare in quali occasioni il procedimento decisionale è stato bypassato e quali sono gli attori il cui ruolo si è visto rafforzato o indebolito.

L’esame di tali elementi è il fondamento delle conclusioni sulle sfide future dell’UE, che dovrà ripensare il proprio quadro istituzionale e normativo alla luce di questa recente esperienza.

Abstract in English

THE SIDE EFFECTS OF THE FINANCIAL CRISIS ON EUROPEAN INSTITUTIONS

This study is based on the premise that the consequences of the economic crisis go beyond the purely financial and budgetary aspects, affecting the “constitutional” roots of the European Union.

The response to the crisis, in fact, has had some side effects that changed, at least de facto, the decision -making process used to pass the necessary regulatory measures (a) and affected the balance among Institutions of the EU also (b).

When analyzing both phenomena, the author focuses on specific examples in order to explain in which moments the legal decision-making process was bypassed and which actors have increased or decreased their importance within the system.

These elements are the basis of the conclusions about the future challenges of the EU, since it is supposed to reshape its institutional and legal framework in the light of this recent experience.

1.- Introducción.

El presente texto parte de la idea de que las consecuencias de la crisis económica van más allá de la mera vertiente financiera y presupuestaria, afectando a las bases “constitucionales” de la Unión Europea (y de los Estados miembros)¹.

La gestión de la respuesta a la crisis, en efecto, ha tenido algunos efectos secundarios de gran calado, que han modificado, al menos de facto, el “decision-making process” empleado para aprobar las medidas normativas necesarias (§ 2) y el equilibrio inter-institucional dentro de la misma Unión (§ 3). En el análisis de ambos fenómenos se hará referencia a ejemplos específicos para intentar demostrar en qué momentos concretos se ha sorteado el proceso decisorio legalmente establecido y cuáles son los actores que han visto su papel incrementado o disminuido.

Con referencia al proceso decisorio, me centraré especialmente en un fenómeno concreto, es decir, el uso de mecanismos intergubernamentales, que va acompañado de la disminución de las fuentes tradicionales (si bien no es del todo ausente la legislación ordinaria, como lo demuestra la aprobación de los denominados *Six-Pack* en 2011 y *Two-pack* en 2013). Intentaré explicar esta tendencia, centrándome además en cuáles han sido o pueden ser los resultados de acciones políticas que, por razones variadas – el tiempo, la necesidad de superar el veto de algunos Estados, entre otras – terminan por saltarse los procedimientos ortodoxos. Las consecuencias jurídicas y constitucionales *lato sensu* no se quedan en el ámbito meramente formal, pues el sorteo de los esquemas tradicionales repercute en la legitimidad democrática de las decisiones mismas y en el juego de poderes entre los actores que participan en el proceso².

Para enfocar la cuestión en términos jurídicos, será necesaria una breve introducción sobre los fundamentos constitucionales de la UE (§ 2). A continuación se

¹ Si bien este trabajo se centra en el nivel europeo, no se puede obviar que existe un nexo inseparable entre ambos. Véanse al respecto, en términos generales, VON BOGDANDY, 2011; WALKER, SHAW, TIERNEY, 2011; HABERMAS 2012 y AVBELY, KOMÁREK, 2012.

La conexión es indudable en tiempos ordinarios y aún más en la presente época de crisis, en la cual se superponen las visiones nacional y europea de distintos principios constitucionales, entre ellos la soberanía fiscal (así TUORI, TUORI 2013, p. 9 ss.).

² Sobre este aspecto, véanse las consideraciones desarrolladas en RAGONE 2014, p. 3 ss.

afrontarán los efectos de la gestión de la crisis económica en términos de procesos decisorios (§ 3) y de modificación del rol que distintas instituciones desempeñan en el escenario europeo (§ 4).

El examen de estos elementos representará la base de unas conclusiones relativas a los retos de futuro de la UE, que tendrá que repensar su propio marco institucional y legal a la luz de esta reciente experiencia (§ 5).

2.- El “marco constitucional” de la UE (notas preliminares).

La premisa imprescindible de este trabajo es que la Unión Europea, a pesar de todas las peculiaridades que la caracterizan desde el punto de vista jurídico (del denominado déficit democrático al marco institucional pseudo-federal, sólo por mencionar algunos ejemplos), sí dispone de algunas reglas básicas que componen su “derecho constitucional”³. Aunque no haya un documento único que se denomine constitución, se puede hablar de una carta fundamental *in progress*⁴, que se aleja en parte de la concepción clásica de un conjunto de normas establecidas para siempre, pero desempeña la misma función dentro del sistema.

Y no es una casualidad que justamente en la situación actual la doctrina se pregunte con más frecuencia en qué medida se puede aplicar el concepto de constitución económica al ámbito europeo⁵.

El derecho primario, es decir, el derecho de los tratados, ha sufrido muy pocos cambios explícitos en comparación con la gravedad – económica y jurídica – de la crisis. Piénsese en la reforma del art. 136 del TFUE, que establece ahora (desde el 1 de enero de 2013, fecha de su entrada en vigor) que «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo

³ En efecto, sólo si se admite que la UE cuenta con una serie de reglas fundamentales se puede afirmar que estas mismas han sido afectadas a raíz de la crisis económica. Véase MENÉNDEZ (2013) y MENÉNDEZ (2014).

⁴ Véase VON BOGDANDY, BAST (eds.) 2006 y sobre la idea de una constitucionalización progresiva TUORI, TUORI 2013, p. 3 ss.

⁵ Véase GORDILLO PÉREZ, CANEDO ARRILLAGA 2013, p. 165 ss.

se supeditarán a condiciones estrictas». Ahora bien, en este caso, aunque se haya modificado uno de los tratados y se haya incorporado así a la fuente más elevada la institución de un fondo de rescate (objetivos seguramente loables), se ha realizado dicho cambio mediante el procedimiento simplificado de reforma con posterior redacción de un tratado internacional “puro” suscrito por los miembros de la Eurozona. Todo ello, para agilizar el proceso de reforma sin tener que convocar una convención intergubernamental específica: de esta forma «se ganó en flexibilidad al propio tiempo que se perdió en democracia»⁶.

Pero los escasos ajustes expuestos van acompañados de fenómenos menos evidentes, que están afectando de hecho al equilibrio constitucional del sistema y rediseñando la forma de hacer política en la UE⁷. Se podría hablar entonces de una *mutación constitucional*, que por un lado ha propiciado medidas normativas europeas (más o menos disimuladas gracias a las posteriores ratificaciones o incorporaciones en fuentes nacionales) en áreas donde la soberanía nacional sigue siendo un tabú, como el ámbito fiscal, y por otro lado ha desequilibrado las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros.

3.- Los efectos sobre el proceso decisorio: ejemplos representativos.

Del desarrollo del proceso decisorio para adoptar las medidas anti-crisis en la UE lo que sin duda puede inferirse es la flexibilización de los instrumentos empleados, con un claro protagonismo de los gobiernos (con lo que ello conlleva en términos de informalidad, empleo del modelo intergubernamental, etc.) y una afanosa búsqueda de soluciones prácticas pero a veces de dudosa validez jurídica.

En esta línea va, por ejemplo, el proceso con el que se ha definido el fondo de rescate para Grecia en 2010. Todo empezó con un encuentro informal de los jefes de Estado o gobierno de los Estados miembros de la UE de febrero de ese año, cuando los representantes de los países de la Eurozona hicieron pública su voluntad de conceder ayuda financiera a Grecia si la misma la hubiese solicitado (lo que se produjo en abril).

⁶ Así GARCÍA ROCA, MARTÍNEZ LAGO 2014. Hay que recordar, sin embargo, que el Tribunal de Justicia avaló este proceso. Sobre la reforma véase también DE WITTE 2011.

⁷ Véanse al respecto DAWSON, DE WITTE 2013, p. 817 ss. y CHITI, TEIXEIRA 2013, p. 684 ss.

Un mes más tarde, en marzo de 2010, se definió más detalladamente cómo sería el mecanismo de financiación bilateral sometido a condiciones estrictas y aprobado por unanimidad.

La rápida (en comparación con los tiempos de la legislación) solución del proceso se alcanzó mediante la suscripción de dos acuerdos en mayo de 2010. El primero lo firmaron los sujetos concedentes de la línea de crédito, para definir sus respectivas obligaciones y el procedimiento a adoptar para el desembolso del préstamo; el segundo lo firmó también Grecia⁸. Al mismo tiempo se puso en marcha el fondo de estabilización, mediante el cual se puede responder a las necesidades financieras de países con dificultades económicas.

Si centramos la atención en las fórmulas decisorias dudosas o discutibles que se han elaborado para reaccionar ante la crisis, no puede omitirse una referencia a la elaboración del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG)⁹. La decisión de proceder a firmar un tratado internacional y no emplear los instrumentos típicos del derecho de la UE da lugar a una serie de interrogantes de carácter jurídico y político. Se trata, claro está, de una solución pragmática, pero que crea un “monstruo” en el contexto de la normativa europea: ¿Qué relación tiene el tratado con las fuentes comunitarias? ¿Qué rango ocupa? ¿Qué aptitud tiene una norma internacional para otorgarle funciones a instituciones de la UE?

Tras el fracaso de la propuesta de reformar el derecho originario¹⁰, debido a la negativa del primer ministro británico, los demás representantes alcanzaron un consenso sobre las reglas básicas de carácter fiscal y financiero a finales de 2011. La necesidad de superar el “veto” del Reino Unido llevó, por lo tanto, a emprender un camino rápido, pero “potencialmente incoherente respecto de los principios de la

⁸ Véase DE GREGORIO MERINO 2012.

⁹ En la amplia bibliografía sobre este acto normativo, se recuerdan al menos MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES 2012, p. 397 ss.; CRAIG 2012, p. 31 ss. y B. DE WITTE 2012, p. 139 ss.

¹⁰ Parece necesario recordar aquí que una parte de la doctrina sostuvo que no era necesaria una reforma de los tratados, pudiéndose considerar suficiente la modificación del protocolo de déficit excesivo votada por el Consejo por unanimidad con las opiniones consultivas de BCE y Parlamento Europeo (véase ZILLER 2012, p. 130).

UE”¹¹. El texto definitivo (ya en vigor desde el 1 de enero de 2013) fue suscrito en mayo de 2012 por 25 de los entonces 27 miembros de la UE, pues tampoco la República Checa lo firmó.

Más allá del fondo del tratado, en la perspectiva que adoptamos en el presente trabajo resulta interesante la apuesta que el mismo hace por las sedes informales de coordinación: su art. 12 reconoce las denominadas Cumbres del Euro – las reuniones de los jefes de Estado y de gobierno de los países de la Eurozona, con el presidente de la Comisión y eventualmente el del BCE – estableciendo que se celebren al menos dos veces al año, «para debatir cuestiones relativas a las responsabilidades específicas que comparten con respecto a la moneda única las partes contratantes cuya moneda es el euro, otras cuestiones relacionadas con la gobernanza de la zona euro y las normas que le son aplicables, así como las orientaciones estratégicas para la dirección de las políticas económicas a fin de aumentar la convergencia en la zona euro».

Ahora bien, uno de los resultados de la práctica de usar fuentes de distinta naturaleza – internacionales y estrictamente europeas – consiste en la asimetría en términos de deberes y derechos entre los Estados miembros¹²: sólo los que firmaron el TCEG están obligados a cumplir con sus exigencias (entre ellas, la prevista en el art. 3.2¹³), mientras que los demás están exentos. En el caso particular, la cuestión no parece tan seria, puesto que la inmensa mayoría de los Estados miembros ha suscrito el acuerdo, pero hay que tener en cuenta el problema de cara a posibles situaciones futuras con números distintos.

La adopción de instrumentos internacionales, en su manifestación concreta se presta a una doble lectura: una formalista, según la cual cada Estado puede decidir no someterse a ellos (puesto que en el contexto internacional sólo se aplica la unanimidad); una más realista, que, partiendo de las condiciones financieras

¹¹ Hace hincapié en el apuro del momento concreto BARATTA 2012, p. 40.

¹² Véase BEUKERS 2013, p. 7 ss.

¹³ Es decir: «Las normas establecidas en el apartado 1 [relativas a los presupuestos y a la denominada “regla de oro” del equilibrio presupuestario] se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales [...]».

concretas, afirma que sólo aquellos que no necesitan ayuda económica pueden quedarse fuera de los acuerdos sin sufrir ninguna consecuencia política.

Y ello nos lleva a examinar otro efecto secundario, que no se debe al empleo mixto de fuentes internacionales y europeas como tal, pero en cierta medida está relacionado con el mismo. Nos referimos a otra categorización entre los miembros de la UE, que se dividen ya desde hace un tiempo entre acreedores y deudores. Los segundos pierden así buena parte de su poder de contratación debido a su posición débil frente a los socios más ricos¹⁴, y además, al negociar fuera de los mecanismos de la UE, no disponen de todas aquellas garantías que el derecho comunitario ofrece a las minorías. El mismo efecto, en términos de pérdida de medios de protección de las minorías, lo tiene la revalorización de mecanismos informales que también ha caracterizado la respuesta a la crisis¹⁵.

4.- Los efectos sobre el papel de las instituciones: ejemplos representativos.

El empleo de mecanismos decisorios informales al que hacíamos referencia en el párrafo anterior ha influido, junto con otros factores – como la necesidad de adoptar decisiones de forma rápida y la creciente importancia de los actores económicos – en el papel que alguna institución ha desempeñado en la gestión de la crisis¹⁶.

Queremos citar aquí, como caso emblemático, el del BCE. En primer lugar, el mismo empezó a emprender medidas no convencionales¹⁷ como adquirir deuda soberana en el mercado secundario. Antes de la crisis su actuación se había centrado en garantizar la estabilidad de los precios en la Eurozona, mientras que a partir de 2008 comenzó primero a realizar inyecciones de liquidez en el sistema bancario y luego a establecer políticas acerca de los bonos nacionales. El punto de inflexión al respecto fue la tajante declaración de Mario Draghi en julio de 2012, cuando afirmó que se haría todo lo necesario para sostener el euro.

¹⁴ Sobre las ventajas para los miembros dotados de más recursos, véase DAWSON, DE WITTE 2013, p. 818.

¹⁵ Véase especialmente KLEINE 2013.

¹⁶ Remitimos a las reflexiones al respecto de BALAGUER 2013.

¹⁷ Sobre el papel del BCE, véanse DE GRAUWE 2012; SMETS 2012 y MILLARUELO, DEL RÍO 2013.

El fin de salvar la moneda única (o de evitar que el número de países que la usan disminuya), entonces, ha sido la palanca para el incremento exponencial de protagonismo del BCE en al menos dos direcciones: a) como prestamista de última (¡o única!) instancia para los Bancos de la Eurozona; b) como prestamista indirecto de última instancia para los Estados pertenecientes a la Eurozona mediante la reducción del precio del dinero y la compra de deuda¹⁸.

El nuevo protagonismo cobrado por el BCE en el ámbito financiero ha determinado un giro en su forma de relacionarse con los Estados. Resulta esclarecedor al respecto el contenido de la carta que J.C. Trichet y Mario Draghi, presidente saliente y entrante del BCE, enviaron al entonces primer ministro italiano en agosto de 2011. Se trataba de una comunicación no oficial que empero se filtró a la prensa y fue finalmente publicada en uno de los principales periódicos nacionales¹⁹. Aun reconociendo los esfuerzos que el país había hecho hasta la fecha, se le pedía al gobierno que adoptase medidas concretas para alcanzar tres objetivos: crecimiento; sostenibilidad de las finanzas públicas; reformas del sector público. Lejos de dar indicaciones genéricas, los remitentes daban pautas muy específicas al ejecutivo italiano, como las reformas del sistema de negociación colectiva, del sistema de pensiones o de los controles sobre el gasto de los entes territoriales. Por no hablar de la supresión de las provincias. Además, se recomendaba el empleo de decretos-leyes para asegurar respuestas rápidas con posterior convalidación parlamentaria (¡antes de septiembre de 2011!) y la aprobación de una reforma constitucional sobre el tema fiscal.

La carta representaba así una especie de camino hacia la salvación de la economía nacional, enviada de los titulares de un órgano técnico al presidente del gobierno de un Estado miembro de la Eurozona que ni siquiera había solicitado rescate o ayuda financiera. Aunque se compartan varias o muchas de las reformas propuestas, sigue siendo imposible para un jurista avalar esta actuación del BCE, que en realidad tampoco intervino como tal. Está claro que los medios informales son más rápidos y

¹⁸ MENÉNDEZ 2014, p. 129 ss.

¹⁹ Véase el *Corriere della sera* del 29 de septiembre de 2011.

más flexibles que las vías oficiales, pero tienen un coste en términos de legitimidad de las decisiones y de legitimación de las instituciones.

Finalmente, sólo queremos apuntar que hay otro actor principal en el escenario, que ni siquiera forma parte del marco institucional de la UE: el Fondo Monetario Internacional, cuyo rol es determinante sobre todo en el caso de los países rescatados y cuya actuación es esencial conjuntamente con la del BCE y de la Comisión Europea (en la denominada Troika)²⁰.

5.- Conclusiones: ¿con las glorias se olvidan las memorias?

La solución de los problemas planteados por la crisis mediante métodos informales y/o el empleo de instrumentos intergubernamentales conlleva el riesgo de que, además de deslegitimar el proceso decisorio en la UE, se genere la ficción de un sistema decisorio rápido y eficaz. Y con ello que se deje de pensar en reformas institucionales y estructurales que mejoren el proceso decisorio incluso en casos de urgencia.

Hace falta encontrar un equilibrio entre medidas a corto plazo – necesarias, pero no suficientes – y medidas a largo plazo²¹, que permitan establecer instrumentos dentro del marco del “método europeo” para afrontar eventuales situaciones críticas futuras. Ya está claro que el Tratado de Lisboa no ha resuelto algunas de las cuestiones más delicadas y que algunos de los principios que rigen la Unión Monetaria desde Maastricht ya no son sostenibles: ¿es pensable todavía una única política monetaria a pesar de las distintas economías nacionales? ¿Y en qué condiciones? ¿Es suficiente que el BCE siga teniendo como objetivo principal la estabilidad de los precios o hace falta reconocerle formalmente aquellas funciones que está desempeñando de forma casi oficiosa? Y finalmente, más en general: ¿hacen falta políticas fiscales comunes? Son interrogantes a los que hay que contestar, aunque lleguen en algún momento nuevas fases de bonanza.

²⁰ Sobre este aspecto DE LA ROCHA VÁZQUEZ, ECHEVARRÍA ICAZA 2013, p. 27 ss.

²¹ Así VERÓN 2012.

Tampoco se puede pensar en un alargamiento indefinido de la implementación de las políticas de austeridad, sin tener en cuenta los resultados concretos que están produciendo en muchos de los Estados afectados.

Habrà que seguir en el camino que la Unión Monetaria ha emprendido de forma tímida y gradual, estableciendo nuevos mecanismos de división de riesgos (y no sólo de beneficios: aunque, que quede claro, al final todos los Estados de la Eurozona se benefician de las condiciones favorables de los demás)²². Lo demuestra la creación de un mecanismo estable para garantizar la estabilidad, pero se puede pensar en otras iniciativas en la misma dirección, de la unión bancaria a políticas fiscales compartidas. Al mismo tiempo, será necesario establecer mecanismos que permitan superar la fractura entre países deudores y acreedores, asegurando a los primeros que haya sedes institucionales europeas – y no internacionales – donde puedan gozar de todas las garantías para participar en procesos decisorios transparentes donde se oiga su voz. Todo ello exige que se abra una fase “constituyente”, aunque lo peor de la crisis haya pasado, y que los actores involucrados no olviden las memorias del pasado cegados por las (miseras...) glorias del presente.

Referencias bibliográficas.

AVBELJ Matej, KOMÁREK Jan, eds. (2012), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford: Hart.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco (2013), “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98.

BARATTA Roberto (2013), “Legal Issues of the ‘Fiscal Compact’. Searching for a Mature Democratic Governance of the Euro”. En B. de Witte, A. Heritier, A. Trechsel (eds.), *The Euro crisis and the state of European democracy: contributions from the 2012 EUDO dissemination conference*. Florencia: EUI.

²² Véanse MOLONEY 2010 y RUFFERT 2011.

BEUKERS Thomas (2013), "The Eurozone Crisis and the Legitimacy of Differentiated Integration". En B. de Witte, A. Heritier, A. Trechsel (eds.), *The Euro crisis and the state of European democracy: contributions from the 2012 EUDO dissemination conference*. Florencia: EUI.

CHITI Edoardo, TEIXEIRA Pedro Gustavo (2013), "The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis". *Common Market Law Review*, n. 3.

CRAIG Paul (2012), "The Stability, Coordination and Governance Treaty: principle, politics and pragmatism". *European Law Review*, n. 3.

DAWSON Mark, DE WITTE Floris (2013), "Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis". *The Modern Law Review*, n. 5.

DE GRAUWE Paul (2012), "The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Markets?". En F. Allen, E. Carletti, S. Simonelli (eds.), *Governance for the Eurozone – Integration or Disintegration?*. Philadelphia: FIC Press.

DE GREGORIO MERINO Alberto (2012), "Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance". *Common Market Law Review*, n. 5.

DE LA ROCHA VÁZQUEZ Manuel, ECHEVARRÍA ICAZA Víctor (2013), "El FMI y la crisis del euro: aciertos, errores y lecciones para el futuro". *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, n. 66.

DE WITTE Bruno (2011), "The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism". *European Policy Analysis*, n. 6.

DE WITTE Bruno (2012), "Treaty Games - Law as Instrument and as Constraint in the Euro Crisis Policy". En F. Allen, E. Carletti, S. Simonelli (eds.), *Governance for the Eurozone – Integration or Disintegration*. Philadelphia, FIC.

GARCÍA ROCA Javier, MARTÍNEZ LAGO Miguel Ángel (2014), "El impacto de la crisis económica en nuestras dos constituciones". *Documentación Administrativa*, n. 1.

GORDILLO PÉREZ Luis Ignacio, CANEDO ARRILLAGA José Ramón (2013), “La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1.

HABERMAS Jürgen (2012), “The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law”. *European Journal of International Law*, n. 2.

KLEINE Mareike (2013), *Informal Governance in the European Union. How Governments Make International Organizations Work*. Ithaca, New York: Cornell University Press.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES José (2012), “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 42.

MENÉNDEZ Agustín José (2013), “The Existential Crisis of the European Union”. *German Law Journal*, n. 5.

MENÉNDEZ Agustín José (2014), “Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?”. *European Law Journal*, n. 2.

MILLARUELO Antonio, DEL RÍO Ana (2013), “Las medidas de política monetaria no convencionales del BCE a lo largo de la crisis”. *Banco de España – Boletín Económico*, enero.

MOLONEY Niamh (2010), “EU financial market regulation after the global financial crisis: “more Europe” or more risks?”. *Common Market Law Review*, n. 5.

RAGONE Sabrina (2014), “Constitutional effects of the financial crisis at European and national level: a comparative overview”. *Revista General de Derecho Público Comparado*.

RUFFERT Matthias (2011), “The European debt crisis and European Union Law”. *Common Market Law Review*, 2011.

SMETS Frank (2012), "Imbalances In The Euro Area and the ECB's Response". En F. Allen, E. Carletti, S. Simonelli (eds.), *Governance for the Eurozone – Integration or Disintegration?*. Philadelphia: FIC Press.

TUORI Kaarlo, TUORI Klaus (2013), *The Eurozone Crisis, A Constitutional Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.

VÉRON Nicolas (2012), "The Challenges of Europe's Fourfold Union". *Bruegel Policy Contribution*, n. 13.

VON BOGDANDY Armin, BAST Jürgen, eds. (2006), *Principles of European Constitutional Law*. Oxford: Hart.

VON BOGDANDY Armin (2011), *I principi costituzionali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

WALKER Neil, SHAW Jo, TIERNEY Stephen, eds. (2011), *Europe's constitutional mosaic*. Oxford: Hart.

ZILLER Jacques (2012), "The Reform of the Political and Economic Architecture of the Eurozone's Governance. A Legal Perspective". En F. Allen, E. Carletti, S. Simonelli (eds.), *Governance for the Eurozone – Integration or Disintegration?*. Philadelphia: FIC.

QUO VADIS EUROPA? LA DEGENERAZIONE POPULISTICA UNGHERESE TRA CRISI ECONOMICA E CRISI COSTITUZIONALE

Fausto Vecchio
Università Kore di Enna

Sommario:

1. Quo vadis, Ungheria?
2. L'ortodossia economica e il suicidio politico della coalizione tra socialisti e liberali
3. *L'eterodossia economica* e il successo di FIDESZ
4. Quo vadis, Europa?

Bibliografia

Abstract in italiano

Secondo una rappresentazione diffusa in dottrina, l'Europa, pur avendo abbandonato presto le suggestioni rivoluzionarie del federalismo europeo e pur non avendo mai optato per l'adozione di un'autentica costituzione normativa, si sarebbe progressivamente dotata di un quadro istituzionale sovranazionale che, in una certa misura, attua in conformità con i valori fondamentali del federalismo e del costituzionalismo liberale: attraverso il prezioso lavoro diplomatico di queste innovative istituzioni, il vecchio continente sarebbe riuscito a trovare un Sonderweg (letteralmente una via speciale) in cui trovano piena realizzazione sia l'obiettivo di controllare il potere politico, sia l'obiettivo di far convivere la creazione di un centro decisionale federale con la persistente autonomia degli stati nazionali. A giudizio dei sostenitori di questa lettura euroottimista, la fortunatissima formula istituzionale europea avrebbe anche una serie di ulteriori e importantissimi benefici: avendo eliminato decisori di ultima istanza e Grundnorm e avendo di fatto neutralizzato il principio di sovranità, essa ha abbandonato le autoritarie soluzioni dello *ius publicum europaeum* e, per evitare l'implosione del processo, ha costretto gli attori in gioco ad adottare un codice comportamentale essenzialmente basato sul dialogo e sulla tolleranza costituzionale. Questa atipicità del processo di integrazione avrebbe poi una serie di ricadute ulteriori sul piano della tutela dei diritti fondamentali, della stabilità politica, dell'affermazione del principio di laicità, della stessa avanzata del processo di integrazione e sul benessere dei popoli europei. Con l'intento di verificare quanto di questa autorevole ricostruzione sia ancora sostenibile nello scenario dell'attuale crisi economica, il presente contributo prenderà in considerazione gli eventi accaduti in relazione all'adozione della nuova Costituzione ungherese. In particolare, preso atto del fatto che questo caso smentisce clamorosamente le promesse del nuovo costituzionalismo europeo, si cercherà di sostenere che la scelta di perseverare con l'attuale forma politico-istituzionale mette a rischio la stabilità politica dell'Europa e può spianare la via ad una nuova stagione di degenerazioni populistiche.

Resumen en español

Según una representación muy difundida en doctrina, Europa, incluso habiendo abandonado pronto las sugerencias revolucionarias del federalismo europeo e incluso sin haber adoptado una auténtica constitución normativa, se habría dotado progresivamente de un cuadro institucional supranacional que, en cierta medida, actúa de conformidad con los valores fundamentales del federalismo y del constitucionalismo liberal: a través del preciado trabajo diplomático de estas instituciones, el viejo continente había sido capaz de encontrar un Sonderweg (literalmente una vía especial) en el que se realizan plenamente tanto el objetivo de controlar el poder político como el objetivo de hacer convivir la creación de un centro decisorio federal con la persistente autonomía de los estados nacionales. A juicio de los partidarios de esta lectura eurooptimista, la afortunada fórmula institucional europea tendría importantes beneficios: al haberse eliminado una instancia decisoria de última instancia y al haberse neutralizado el principio de soberanía, también abandona soluciones autoritarias del *ius publicum europaeum* y, para evitar la implosión del proceso, ha obligado a los actores en juego a adoptar un código de comportamiento esencialmente basado en el diálogo y la tolerancia constitucional. Esta atipicidad del proceso de integración influiría posteriormente sobre el plano de la tutela de los derechos fundamentales, de la estabilidad política, de la afirmación del principio de laicidad, sobre el propio avance del proceso de integración y sobre el bienestar de los pueblos europeos. Con la intención de verificar cuánto de estas reconstrucciones sea aun sostenible en el escenario de la actual crisis económica, el presente trabajo tomará en consideración los eventos acaecidos en relación a la adopción de la nueva Constitución húngara. En particular, tomando en cuenta que este hecho desmiente clamorosamente las promesas del nuevo constitucionalismo europeo, se tratará de sostener que el intento de perseverar en esta fórmula político-institucional pone en riesgo la estabilidad política de Europa y puede preparar el terreno hacia una nueva estación de degeneración populista.

Abstract in English

It has been suggested that, Europe, having abandoned the rather revolutionary suggestions of European federalism and having not adopted authentic Constitution norms, has progressively provided itself with a supranational institutional framework that to a certain extent acts in accordance with the fundamental values of federalism and Constitutional liberalism. Due to the work of these innovative institutions the Old Continent is, then, seen as having decided on a Sonderweg, or special way, in which the objectives of political control and the creation of a central decision making authority have, nevertheless, been reached. According to supporters of this Eurooptimistic position, this rather unlikely European institutional formula has yet further important benefits. Due to the fact of having eliminated final decision making actors and Grundnorm and of neutralising the principle of Sovereignty, it will have abandoned the authoritarian solution of *ius publicum europaeum*, and in order to avoid the implosion of the process, it has obliged the relevant parties to adopt a behavioural code that is essentially based on dialogue and constitutional tolerance. This atypicalness within the process of integration would then have further consequences within the field of human rights, political stability and lay principles as part of a process of integration and wellbeing of European people. In order to verify the reliability of this reconstruction within the current economic crisis, the events connected to the adoption of the new Hungarian Constitution inevitably play an important role. In particular, in consideration of the fact that this case categorically refutes the promises of a new European constitutionalism, it seems clear that the choice to persevere with the present political and institutional apparatus is putting at risk European political stability and may well lead the way to a new popularistic form of political degeneration.

1.- Quo vadis, Ungheria?

Nel corso degli ultimi venticinque anni, la dottrina costituzionalistica ha dedicato grande attenzione alle trasformazioni costituzionali del sistema ungherese. In particolare, al di là dell'interesse che normalmente è suscitato dalle modifiche costituzionali dei paesi dell'Europa dell'est, un sentimento di allarme si è diffuso a partire dal momento in cui l'attuale coalizione di governo, con il dichiarato intento di concludere il ventennale processo di transizione post-comunista, ha sfruttato la maggioranza di due terzi di cui gode in Parlamento per iniziare ad approvare unilateralmente una nuova Costituzione (FERRARI, 2012; TOTH, 2012; VECCHIO, 2013) e una lunga serie di arbitrari provvedimenti normativi (tra cui cinque emendamenti alla stessa legge fondamentale del 2011 e tutta la normativa organica di attuazione del testo costituzionale).

Con ogni probabilità, questo grande clamore provocato negli ultimi quattro anni dal caso magiaro si spiega con la semplice considerazione per cui, lungi dal riguardare in maniera esclusiva l'Ungheria, le vicende in questione pongono una serie di interrogativi inquietanti sul futuro del vecchio continente. In effetti, in una situazione in cui l'Europa non ha saputo reagire ai numerosi abusi perpetrati ai danni delle minoranze e delle fasce più deboli della cittadinanza, appare con evidenza la sostanziale fragilità degli strumenti di intervento elaborati dalla teoria costituzionale europea: contrariamente alle ottimistiche previsioni di quanti difendono l'indefinito perpetuarsi degli attuali schemi dell'integrazione funzionalistica, in questo specifico caso la debolezza complessiva del potere sovranazionale non ha favorito il consolidamento delle istituzioni democratiche e ha invece portato all'assoluta negazione delle regole della convivenza civile e all'introduzione di riforme costituzionali viziate dal mancato rispetto delle regole formali e da violazioni dei valori posti a fondamento degli ordinamenti liberal-democratici (VECCHIO, 2013).

A fronte di una questione di tale gravità, la dottrina ha concentrato la sua attenzione sul mancato funzionamento delle istituzioni europee e, sulla base dell'idea per cui l'Europa ha una responsabilità essenzialmente legata alla sua incapacità di risolvere il problema, ha suggerito interventi e piani di riforma accomunati dalla

volontà di porre rimedio alla situazione per mezzo di aggiustamenti dell'attuale profilo istituzionale (VON BOGDANDY, KOTTMANN, ANTPÖHLER, DICKSCHEN, HENTREL, SMRKOLJ, 2012; MÜLLER, 2012). Peraltro, nonostante il loro ingegno, non sembra che queste analisi siano riuscite a comprendere la complessità del problema e, come mostrano i risultati delle ultime elezioni nazionali (in cui, nonostante le pressioni esterne, la coalizione di governo ha confermato la maggioranza dei due terzi dei seggi parlamentari), non sembra che esse si siano dimostrate capaci di risolverlo: dall'idea di invertire le logiche di funzionamento della giurisprudenza *Solange* del Tribunale federale tedesco (VON BOGDANDY, KOTTMANN, ANTPÖHLER, DICKSCHEN, HENTREL, SMRKOLJ, 2012) all'idea di istituire una Commissione di Copenaghen per valutare il rispetto dei valori europei (MÜLLER, 2012), tutte le proposte si sono sin qui mostrate irrealizzabili o comunque incapaci di porre un freno all'apparentemente inarrestabile deterioramento della democrazia costituzionale ungherese.

Nessuna riflessione è stata invece dedicata alla responsabilità che l'Europa ha per via delle scelte che nel corso degli ultimi decenni ha effettuato come attore politico. In particolare, non sembra che nel corso di questi anni di dibattito ci si sia adeguatamente soffermati a riflettere sugli effetti che certe politiche economiche di matrice europea hanno avuto sul panorama politico magiaro. Pertanto, con l'intento di ritornare su questo specifico profilo, nei paragrafi successivi si prenderanno in considerazione le ragioni che tra il 2006 e il 2010 hanno portato alla fine della coalizione tra liberali e socialisti e alla storica affermazione della coalizione di centro-destra alle elezioni del 2010 e del 2014. Obiettivo principale di questo lavoro è dunque quello di far vedere come una certa azione europea in materia di economia abbia finito con il distruggere le possibilità di sopravvivenza della coalizione democratica e di sottolineare il nesso che lega alcune scelte europee con la configurazione apertamente antiliberale assunta dalle attuali forze di maggioranza.

2. L'ortodossia economica e il suicidio politico della coalizione tra socialisti e liberali

Al momento dell'entrata nell'Unione europea, il contesto politico ungherese appare caratterizzato da un importante consenso sociale per il progetto europeo di

integrazione sovranazionale e da un sistema multipartitico a tendenza bipolare i cui assi portanti sono il principale partito di centro sinistra e il principale partito di centro destra (HEGEDŰS, 2014).

In questo contesto, il primo ministro Ferenc Gyurcsány, subentrato dopo la crisi del governo guidato da Medgyessy (in cui aveva svolto la funzione di ministro dello sport), si presenta alle elezioni politiche del 2006 e, sconfiggendo la coalizione conservatrice tra i nazionalisti (FIDESZ) e i cristiano-conservatori (KDNP), guida ad un risicato successo elettorale la coalizione tra i socialisti (MSZP) e i liberali (SZDSZ): con circa il 43% dei votanti, l'alleanza social-liberale di Gyurcsány ottiene 190 seggi parlamentari, contro i 164 ottenuti dai conservatori di Viktor Orbán. È appena il caso di segnalare che il quadro che esce dalle urne è complicato dall'eterogeneità delle forze politiche che sorreggono il governo: infatti, sebbene Gyurcsány e l'*élite* che lo sostiene non siano contrari all'osservanza dell'ortodossia economica liberale apertamente auspicata da SZDSZ, la base elettorale di MSZP aspira a politiche di welfare e ad un ruolo forte dello stato in economia che non si concilia con il liberismo economico voluto dagli alleati di governo (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012).

Le difficoltà politiche per la maggioranza social-liberale non tardano ad arrivare. Appena dopo un paio di mesi le elezioni, la fragilità della situazione finanziaria di uno Stato che non ha ancora superato le difficoltà connesse alla transizione costringe all'immediata adozione di un primo pacchetto di misure di austerità che ha gravi ripercussioni sociali e che influisce in maniera molto negativa sull'immagine politica del primo ministro e della coalizione da lui guidata (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012): per far fronte ad un deficit di bilancio che supera il 10% del prodotto interno lordo e ad un rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo che dal 2002 cresce ad un tasso del 3% all'anno, si vara un programma che prevede un sensibile aumento dell'IVA (che improvvisamente passa dal 15% al 20%) e dei costi del gas (che crescono del 30%) e dell'elettricità (che crescono di un tasso compreso tra l'11% e il 14%) e che, secondo i dati degli osservatori politici, ha come immediata conseguenza un calo dei consensi di cui in quel momento godono Gyurcsány (secondo i dati riportati da Medián Public Opinion and Market Research Institute, nei mesi immediatamente successivi

all'adozione del pacchetto l'indice di gradimento passa dal 55% al 34%) e MSZP (che, secondo la stessa fonte, in riferimento allo stesso periodo passa dal 37% al 26%) e una crescita della popolarità dell'azione di opposizione condotta da Orbán e da FIDESZ (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012).

La popolarità del governo e dei suoi rappresentanti non è certo agevolata dalla fuga di notizie che diffonde tra l'opinione pubblica il discorso con cui Gyurcsány, intervenuto ad una riunione dei parlamentari di MSZP tenutasi a porte chiuse ad Öszöd nel settembre 2006, avrebbe affermato di aver mentito per vincere le elezioni politiche e di aver occultato agli elettori la gravità della situazione economica del paese. Sebbene lo scandalo sia stato abilmente sfruttato dagli oppositori politici del governo e sebbene esso abbia dato inizio ad una serie di disordini sociali, l'analisi degli indici di gradimento mostra come la vicenda abbia avuto un'influenza modesta sulla perdita di consenso del partito socialista e del governo: nei mesi immediatamente successivi allo scandalo il partito socialista subisce una perdita assai più lieve di quella subita dopo l'introduzione delle prime misure di austerità (passando dal 34% al 28%) e, addirittura, la popolarità del primo ministro non cala e si attesta sul 34% dei mesi precedenti la rivelazione del discorso di Öszöd (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012).

Contrariamente a quanto si è soliti ritenere sopravvalutando l'impatto dei fatti di Öszöd, quindi, più che gli scandali politici, ad incidere negativamente sull'immagine della coalizione di governo sono le scelte di politica economica da questa effettuate (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012). Questa considerazione appare confermata dal nuovo crollo di consensi che viene registrato in seguito al prolungato dibattito che tra l'autunno del 2006 e la primavera del 2008 accompagna le riforme con cui, all'interno di un piano di liberalizzazioni della pubblica amministrazione, si cerca di liberalizzare il servizio sanitario nazionale: già nel momento in cui le prime misure concrete vengono adottate (tra febbraio e marzo del 2007) sia la popolarità del primo ministro che quella del suo partito perdono altri cinque punti percentuali assestandosi rispettivamente al 27% e al 21% (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012). Peraltro, durante l'autunno 2007, la situazione politica della alleanza social-liberale è ulteriormente aggravata dalle notizie di tensioni tra i due partiti della maggioranza ed è abilmente sfruttata da Orbán che, per mettere in

difficoltà gli avversari, avvia le procedure per la convocazione di un referendum sulle misure più impopolari delle nuove riforme e apertamente accusa i socialisti di non avere altre idee rispetto al mercato e ai piani di austerità: sotto questa pressione l'emorragia di consensi prosegue e tra settembre e novembre 2007 il gradimento di MSZP passa dal 25% al 20% degli elettori (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012). Anche i risultati delle due consultazioni referendarie sulle riforme dell'educazione e della sanità tenutesi a marzo 2008 confermano la ferma opposizione della cittadinanza ai progetti di liberalizzazione: il fatto che soltanto il 18% e il 16% dei votanti supporta i piani del governo comprova il fallimento politico dei social-liberali e segna la definitiva rottura dell'alleanza tra socialisti e liberali (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012).

L'idea che la scomparsa politica di MSZP e SZDSZ sia legata alle scelte economiche trova una nuova conferma anche nei dati dei mesi successivi. Nell'autunno 2008, l'esplosione della crisi finanziaria impone al governo la richiesta di un prestito al Fondo monetario internazionale e all'Unione europea. Condizione imposta dalle istituzioni economiche internazionali per concedere il prestito è il risanamento dei conti statali e la prosecuzione nelle politiche di contenimento della spesa pubblica. In considerazione di questa situazione, l'esecutivo, contrariamente alle promesse elettorali e alle dichiarazioni degli ultimi giorni, è costretto ad intervenire sulle tredicesime e sulle pensioni. Come è facile immaginare la manovra comporta un ulteriore calo di consensi e, dopo il discorso sullo stato del paese del 19 febbraio 2009 in cui si annuncia l'abolizione della tredicesima e l'innalzamento dell'età pensionabile, il gradimento di MSZP crolla al 19% e nonostante le condizioni di oggettiva difficoltà nell'opinione pubblica si diffonde l'idea che Gyurcsány (la cui popolarità è scesa al 18%) sia il responsabile delle difficoltà con cui la cittadinanza è chiamata a confrontarsi (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012).

Alla stessa maniera, si registra un ultimo crollo dell'indice di gradimento dei socialisti quando, in seguito alla crisi politica che costringe Gyurcsány alle dimissioni, Gordon Bajnai subentra come primo ministro e sotto la pressione delle istituzioni economiche internazionali prosegue con le misure di austerità: nel luglio 2009, in reazione alle misure con cui si confermano gli interventi sulle pensioni e sulle

tredicesime, si aumenta l'IVA al 25%, si eliminano i sussidi per i consumi domestici di gas e si introduce una nuova tassa sugli immobili, solo il 12% degli elettori si esprime in favore di MSZP (BÍRÓ NAGY, RÓNA, 2012).

3. L'eterodossia economica e il successo di FIDESZ

A fronte di queste catastrofiche previsioni non meraviglia che le elezioni dell'aprile 2010, si concludano con uno sconvolgimento del quadro partitico così profondo che gli stessi protagonisti politici della vicenda non hanno esitato a definirlo come una "rivoluzione alle urne". Nel nuovo scenario che si apre i socialisti di Attila Mesterházy ottengono un misero 19% dei consensi e superano a fatica il 17% raggiunto dagli estremisti della destra xenofoba e antisemita di Jobbik. Per contro, l'alleanza tra FIDESZ e KDNP guidata da Orbán ottiene il 53% che, grazie al premio di maggioranza, si traduce nel conseguimento dei due terzi dei seggi parlamentari.

In questa situazione non desta stupore neppure la svolta politica decisa dall'esecutivo guidato Orbán. In via di principio è possibile affermare che, consapevole del ruolo che hanno giocato le scelte economiche nel fallimento del governo Gyurcsány, il nuovo primo ministro si discosta dall'ortodossia economica liberale tanto cara alle istituzioni economiche internazionali (DEÁK, 2014) e, per cercare di superare lo stato di crisi in cui versa il paese, si fa interprete di una politica demagogicamente orientata verso un secco rifiuto delle logiche del mercato e della finanza e verso un pericoloso ritorno alla retorica nazionalista (HEGEDŰS, 2014).

Il primo pilastro di questa nuova via battuta dall'esecutivo è certamente rappresentato dalle scelte di matrice strettamente economica. Sotto questo profilo, in primo luogo, si impongono una serie di regolamentazioni smaccatamente finalizzate a dare l'impressione di un netto cambio di direzione e, in aperto contrasto con i dogmi europei sulla presenza dello stato nell'economia, si rafforza la partecipazione pubblica in alcuni settori di importanza politica strategica: senza preoccuparsi degli effetti perversi che queste misure possono produrre sul funzionamento complessivo del sistema economico, ci si preoccupa di adottare provvedimenti popolari tra gli elettori e si interviene per calmierare i prezzi dell'energia elettrica e i tassi di interesse dei

prestiti in valute straniere (HEGEDŰS, 2014). In secondo luogo, si abusa dei margini di discrezionalità connessi alla politica fiscale e si introducono nuove tasse discriminatoriamente finalizzate a scaricare i costi della amministrazione pubblica su gruppi sociali preventivamente identificati e su settori in cui è prevalente l'investimento di finanziatori esteri (HEGEDŰS, 2014): con intenzione chiaramente demagogica, si fa leva sulla provenienza straniera e sulla impopolarità dei grandi capitali delle banche e delle telecomunicazioni e, cercando di proiettare l'immagine di una reazione nazionale ai processi di globalizzazione, si colpiscono questi settori con una serie di provvedimenti fiscali mirati; alla stessa maniera, mentre si tenta di ingraziarsi il ceto dei produttori nazionali attraverso le dichiarazioni con cui si manifesta l'intenzione di favorire la produzione sulla finanza e attraverso l'introduzione di una aliquota fiscale unica estremamente bassa e complessivamente destinata ad avvantaggiarli sul resto della popolazione, si interviene retroattivamente e con spirito punitivo sulle liquidazioni dei funzionari pubblici (colpevoli di essere stati vicini ai socialisti) e, per cercare di stabilizzare le finanze statali, si risparmiano 11 miliardi di euro dalla riappropriazione dei contributi statali versati in favore dei fondi di pensione privati.

Il secondo pilastro della nuova via percorsa dalla coalizione di governo attiene invece alle iniziative più propriamente politiche adottate per eliminare gli ostacoli alla realizzazione degli obiettivi prefissati e per mettere in sicurezza le scelte economiche effettuate (BÁNKUTI, HALMAI, SCHEPPELE, 2012). Sotto quest'altro profilo, si può senza dubbio riferire della svolta antieuropeista di FIDESZ: abbandonando la linea entusiasticamente seguita negli anni dell'adesione e dell'entrata nell'Unione, il partito rilancia una visione dell'"Europa delle patrie" come antidoto all'Europa dei mercati e, a fronte delle crescenti perplessità via via espresse dalle istituzioni europee, cerca di frenare la piena integrazione dell'Ungheria (VECCHIO, 2013). In questo senso, la Costituzione del 2011 contiene alcune statuizioni che mostrano in maniera evidente il ritorno della retorica sovranista e il nuovo atteggiamento di euroscetticismo che anima l'esecutivo: al di là del fatto che una delle previsioni introdotte dal famigerato quarto emendamento ha simbolicamente previsto l'adozione di nuove imposte per far fronte

alle sanzioni irrogate dai giudici europei (VECCHIO, 2013), le norme contenute nella nuova legge fondamentale prevedono che l'adozione dell'euro debba essere adottata per mezzo di un emendamento costituzionale e restano ancorate al vecchio schema della cessione di competenze (VECCHIO, 2013). Inoltre, per evitare l'isolamento internazionale che una simile mossa può comportare si tenta di avviare una politica estera di apertura ad est e si intraprendono una serie di pericolose relazioni di collaborazione con la Cina e con i regimi orientali e, addirittura, si riprendono i rapporti con il nemico russo (HEGEDŰS, 2014). Ancora più evidenti sono poi le reazioni contro il più grande oppositore interno all'eterodossia economica voluta dall'esecutivo: per limitare la possibilità che il giudice costituzionale possa intervenire a difesa delle macroscopiche violazioni connesse alla nuova politica economica, la maggioranza parlamentare ha introdotto una serie di nuove norme costituzionali con cui si altera la maggioranza all'interno della Corte, si ridefiniscono le vie di accesso alla giustizia costituzionale in funzione agli interessi dell'esecutivo e si introduce una norma che, fin quando il rapporto tra debito pubblico e PIL è superiore al 60%, comprime il giudizio di costituzionalità per i provvedimenti che possono avere ricadute economiche e finanziarie (VECCHIO, 2013). Come se ciò non bastasse la coalizione conservatrice sfrutta la sua supermaggioranza parlamentare per riapprovare, anche attraverso la modifica della Costituzione, tutti quei provvedimenti dichiarati incostituzionali dai giudici costituzionali.

4. Quo vadis, Europa?

Le vicende descritte dovrebbero essere sufficienti per mostrare come il fallimento della troppo rigida ortodossia economica liberale sia alla base delle scelte economiche eterodosse che hanno fatto da base di legittimazione per quelle azioni politiche demagogiche e illiberali con cui si sta progressivamente e inesorabilmente deteriorando la vita democratica ungherese.

Se le cose stanno davvero così, ci si dovrebbe allora rendere conto che le responsabilità dell'Europa hanno radici profonde che vanno ben oltre la semplice incapacità di reagire che generalmente la scienza giuridica le attribuisce.

Sotto questo profilo è innanzitutto possibile sottolineare che il caso ungherese rappresenta alla perfezione la delusione provata da molti dei nuovi membri nei confronti di un certo modo di intendere l'integrazione: in molti dei paesi dell'Europa orientale, specialmente dopo l'esplosione della grande crisi economica e finanziaria, la delusione delle grandi aspettative che avevano accompagnato l'entrata nell'Unione sta creando uno scetticismo diffuso nei confronti del progetto europeo e, in più di un caso, evidenti tensioni democratiche (si veda ad esempio il caso della Romania). Detto altrimenti, contrariamente a quella che secondo certa dottrina dovrebbe essere la sua funzione legittimante, il quadro delle istituzioni sovranazionali non è riuscito a creare le condizioni per la stabilità politica e a prevenire il successo di una forza politica populistica e demagogica.

Al di là della responsabilità omissiva, però, dall'analisi svolta emergono anche elementi che lasciano intravedere ulteriori profili di responsabilità dell'Europa. Infatti, dietro molte delle scelte che hanno segnato la catastrofica fine dei socialisti e l'ascesa dei conservatori non è per niente difficile individuare le istituzioni sovranazionali: per un verso, la rigida condizionalità imposta dall'Unione e dal Fondo monetario internazionale ha di fatto privato l'esecutivo di ogni margine di discrezionalità e lo ha costretto ad assumersi responsabilità soltanto parzialmente sue; per un altro, poi, seppur in assenza di un diretto condizionamento sovranazionale, altre scelte sono almeno in una certa misura da imputare alla cultura politica di cui, nel corso degli ultimi anni, le istituzioni europee si stanno facendo promotrici. In altre parole, accanto alle omissioni esiste una forma aggravata di responsabilità che, in maniera più o meno diretta, è legata all'azione politica del quadro istituzionale sovranazionale: avendo rifiutato qualsiasi possibile soluzione alternativa al mercato e all'austerità e avendo sostanzialmente imposto le linee guida di impopolari scelte di governo che hanno portato alla scomparsa di MSZP, l'Europa ha dato un impulso (inconsapevole, ma) probabilmente decisivo al successo di FIDESZ e, per quanto ciò possa sembrare paradossale, in una qualche misura ha 'costretto' l'esecutivo guidato da Orbán ad assumere l'illiberale atteggiamento di chiusura che lo ha finora contraddistinto.

Contrariamente a quanto sembra presumere la dottrina che si è confrontata con la questione, la gravissima crisi costituzionale che l'Ungheria vive in questi anni non è dunque determinata solo dall'assenza di uno specifico meccanismo istituzionale. Essa pare piuttosto una conseguenza dei vari fallimenti di un processo di integrazione ostinatamente refrattario al confronto con i reali problemi del mondo globalizzato e assolutamente incapace di proporre alternative credibili al mercato e alla neutralizzazione tecnico giuridica dei conflitti sociali. In fondo, a ben vedere, in molti altri paesi membri i cittadini stanno esprimendo il loro disagio nei confronti degli effetti delle politiche economiche adottate a livello europeo: dalla Francia alla Grecia e dalla Finlandia all'Italia, in tutto il vecchio continente si assiste ad inaspettati e spettacolari successi elettorali di partiti populistici ed antieuropei. Sembra dunque possibile concludere che il caso ungherese conferma l'impressione che se l'Europa si ostina a proporre le solite fallimentari ricette macroeconomiche e non ha il coraggio di scommettersi su un nuovo progetto politico il suo cammino verso una deriva populista appare tracciato. Soltanto se riuscirà a rispondere in maniera convincente alle questioni sollevate dalla società civile europea il vecchio continente sarà in grado di superare l'attuale fase di stallo e di portare a compimento l'ambizioso progetto dei padri fondatori.

BIBLIOGRAFIA

BÁNKUTI, Miklós, HALMAI, Gabor, SCHEPPELE, Kim Lane, *Hungary's Illiberal Turn. Disabling the Constitution*, in *Journal of Democracy* 3, 2012, 128 ss.

BÍRÓ NAGY, András, RÓNA, Dániel, *Freefall. Political agenda explanations for the Hungarian Socialist Party's loss of popularity between 2006-2010*, in *Working Papers in Political Science*. Institute for Political Science, MTA Centre for Social Sciences, 2012

DEÁK, Dániel, *Unorthodoxy in legislation: The Hungarian experience*, in *Society and Economy* 36, 2014, 151 ss.

FERRARI, Giuseppe Franco, *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino: Giappichelli, 2012

HEGEDŰS, Daniel, *From Front-runner's 'EUphoria' to Backmarker's 'Pragmatic Adhocism'?*, in DGAPanalyse 7, 2014, 1 ss.

MÜLLER, Jan-Werner, *Protecting Democracy and the Rule of Law inside the EU, or: Why Europe Needs a Copenhagen Commission*, in www.verfassungsblog.de

RAFFIOTTA, Edoardo Carlo, *IL GOVERNO MULTILIVELLO DELL'ECONOMIA Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna: Bononia University Press, 2013

TOTH, Gabor Attila, *Constitution for a Disunited Nation*, Budapest: CEU Press, 2012

UITZ, Renata, *Rescue Package for Fundamental Rights: Comments by Renata Uitz*, in www.verfassungsblog.de

VECCHIO, Fausto, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova: Cedam, 2013

VON BOGDANDY, Armin, KOTTMANN, Matthias, ANTPÖHLER, Carlino, DICKSCHEN, Johanna, HENTREL, Simon, SMRKOLJ, Maja, *Reverse Solange – Protect the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market Law Review* 49, 2012, 489 ss

ECLIPSE OF THE GOLDEN DAWN. THE CONSTITUTIONAL CONUNDRUM OF THE CASE AGAINST THE GREEK NEO-NAZIS

Evangelos Liaras

García Pelayo Fellow

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

1.- Introduction

2.- Background: the Greek far right in the 21th century

3.- Meander and Swastika

4.- Banning the Golden Dawn

5.- Conclusion

References

Abstract in English

ECLIPSE OF THE GOLDEN DAWN. THE CONSTITUTIONAL CONUNDRUM OF THE CASE AGAINST THE GREEK NEO-NAZIS

Over the course of the last year Greek judicial authorities have launched an investigation into the activities of the far-right Golden Dawn party, leading to the imprisonment of several of its elected deputies but no outright ban on the party so far. This case is unprecedented in Modern Greek history; its nearest equivalent was the illegalization of the Greek Communist Party after the civil war (which took place, however, under very different circumstances). The impact of the financial crisis on Greek society and politics has been amply discussed in the media and in academic literature. This paper focuses on the particular challenges that Greek authorities faced with regard to Golden Dawn, considering that neither the constitution nor the law on political parties contain provisions for the closing down of parties. Widespread condemnation of Golden Dawn's hate rhetoric and criminal behavior has helped produce large parliamentary majorities in favor of lifting the immunity of the party's deputies. Nevertheless, dissenting voices from both left and right have questioned the legality of the process, its wider impact on Greek democracy, and the constitutional repercussions of a reduced-size parliament having to vote on externally imposed austerity measures.

Resumen en español

EL ECLIPSE DE AMANECER DORADO. EL ENIGMA CONSTITUCIONAL DEL CASO CONTRA LOS NEO-NAZIS GRIEGOS

A lo largo del año pasado las autoridades judiciales griegas pusieron en marcha una investigación sobre las actividades del partido de extrema derecha Amanecer Dorado, que dio lugar a la detención de varios de sus diputados electos, pero sin que el partido en sí fuese ilegalizado hasta la fecha. Se trata de un caso sin precedentes en la historia griega moderna; su equivalente más cercano fue la ilegalización del Partido Comunista después de la guerra civil (que sin embargo se llevó a cabo bajo circunstancias muy diferentes). El impacto de la crisis financiera en la sociedad y en la política griega ha sido discutido tanto en el mundo mediático como en el académico. El presente trabajo se centra en los desafíos extraordinarios a los que las autoridades griegas se han enfrentado en el caso del Amanecer Dorado, pues ni la Constitución ni la Ley de Partidos Políticos regulan la ilegalización de partidos. La reprobación generalizada hacia la retórica de odio del partido y su conducta criminal ha contribuido a alcanzar amplias mayorías parlamentarias a favor de levantar la inmunidad de sus diputados. Sin embargo, voces disidentes, tanto de izquierda como de derecha, han cuestionado la legalidad del proceso, a la luz del impacto que ha tenido

sobre la democracia y de las repercusiones constitucionales que conlleva un parlamento de tamaño reducido, obligado a aprobar medidas de austeridad impuestas desde el exterior.

Abstract in italiano

L'ECLISSI DI ALBA DORATA. L'ENIGMA COSTITUZIONALE DELLA GIURISPRUDENZA SUI NEONAZISTI GRECI

L'anno scorso le autorità giudiziarie greche hanno avviato un'indagine sulle attività del partito di estrema destra Alba Dorata; tale indagine ha portato all'arresto di molti dei suoi deputati, ma non a un divieto assoluto, almeno fino ad ora. Questa vicenda non ha precedenti nella storia greca moderna; il caso che più le si avvicina fu la proibizione del Partito Comunista dopo la guerra civile (che ha avuto luogo, comunque, in circostanze molto diverse). L'impatto della crisi finanziaria sulla società greca e sulla politica è stato ampiamente discusso in dottrina e sui mezzi di comunicazione. Questo lavoro si concentra sulle peculiari sfide che le autorità greche hanno affrontato nell'esaminare la condotta di Alba Dorata, considerando che né la Costituzione né la Legge sui Partiti Politici contengono disposizioni sull'illegalizzazione dei partiti. La diffusa disapprovazione per il discorso dell'odio e le condotte criminali del partito hanno facilitato la creazione di nette maggioranze parlamentari favorevoli a revocare l'immunità dei deputati di Alba Dorata. Va detto, tuttavia, che alcune voci fuori dal coro, sia di destra che di sinistra, hanno messo in dubbio la legalità del processo, tenendo conto del suo impatto sulla democrazia greca e delle conseguenze costituzionali di un parlamento di dimensioni ridotte che deve votare le misure di austerità imposte dall'esterno.

1.- Introduction

Since the international financial crisis hit Greek shores in fall 2009, Greece has repeatedly made world headlines both due to its economic woes and perceived political instability. Although it actually predated the debt crisis, the rise of the extreme right in Greece, compounded by alarming incidents of political violence and an unprecedented recession, caused (perhaps exaggerated) fears that Greek democracy might deteriorate down a path similar to that of Weimar Germany after the Great Depression. While the current Greek coalition government is still struggling to end the country's dependency on international lenders, the question of how to deal with the extreme right has moved to the very center of Greece's political arena. This paper focuses on the response of the Greek political establishment to the rise of the extreme right within the last decade, and particularly the extremist Golden Dawn (Χρυσή Αυγή, *Chrysi Avgi*), which entered the parliament in 2012 and is currently under investigation and threat of shutdown.

2.- Background: the Greek far right in the 21th century

As in other European countries, the far right in Greece has a history as a distinct political space dating to the early 20th century. After the collapse of the junta and the establishment of the Third Hellenic Republic, the Greek far right remained divided and unsuccessful in elections, fitting the general trend of the de-legitimization and marginalization of the extreme right observed in Southern Europe after the democratic transitions. De-legitimization was compounded in Greece by the fact that the junta was blamed for the coup which triggered the Turkish invasion of Cyprus, leading to a loss of what Greeks considered national territory. Among the various formations that appeared in the 1980s and 1990s, the most significant electorally was EPEN (*Εθνική Πολιτική Ένωση*, 'National Political Union'), which campaigned for the release of the imprisoned colonels. By the 1990s, the memory of the junta had faded among the new generation, and the massive arrival of immigrants from the former Eastern bloc set the scene for the manifestation of a post-authoritarian rightwing ideology more in line with developments in Western Europe (ELLINAS, 2010). Some of

the new parties that appeared in the period included the Party of Hellenism (*Κόμμα Ελληνισμού*) led by a chemist and former car racing champion; First Line (*Πρώτη Γραμμή*), led by Holocaust denier Constantine Plevris, considered by many the intellectual grandfather, a type of Charles Maurras for the contemporary Greek far right; Greek Front (*Ελληνικό Μέτωπο*), led by former EPEK youth leader Makis Voridis; and Golden Dawn (*Χρυσή Αυγή*), which grew out of a neo-Nazi magazine published by the mathematician Nikos Michaloliakos. Never gaining any seats in the Greek parliament, it is unsurprising that these parties received only scant attention from political scientists studying the rise of the far right in Europe. Relations between them were often antagonistic, although they also functioned as communicating vessels within a fluid far right space, with some individuals moving from one organization to another.

The dismal picture of the Greek far right radically changed at the turn of the 21st century thanks to the devious agility of a conservative Greek politician who did not boast any significant far right credentials. Giorgos Karatzaferis is a professional journalist and an early beneficiary of the deregulation of the Greek radio and television sector brought about in 1989. Karatzaferis founded a local radio station (Radiocity) and a television station (Telecity, Hellenized to Teleasty in 2001), which helped propel his political career. He was thrice elected as deputy of the main conservative party New Democracy (ND) but came into conflict with its leader Costas Karamanlis for criticizing his close relationship with press spokesman Aris Spiliotopoulos and feeding gossip that 'outed' them as closet homosexuals. Karamanlis expelled Karatzaferis from the New Democracy parliamentary group and the latter went on a solo career, running for the coveted position of Athens prefect in the 2002 local elections and gaining a whopping 13.6% of the vote. Karatzaferis capitalized on the politicization of the issue of Greek identity cards around this period, following the socialist government's decision to remove information on religion from them.

Karatzaferis built on this local electoral success to found a party, the Popular Orthodox Rally (*Λαϊκός Ορθόδοξος Συναγερμός, ΛΑΟΣ*). Its official emblem, a white cross in a blue background inscribed in a red circle, made simultaneous tacit references

to the Greek flag, Greek Orthodoxy, and the Celtic cross, widely used by European and Greek neo-fascists. Karatzaferis kept strong personal control over the party's organs (ELLINAS, 2010; VERNARDAKES, 2011). Participating for the first time as a party in the 2004 parliamentary elections, LAOS failed to cross the 3% threshold necessary to gain a seat. Nevertheless, Karatzaferis showed great political acumen expanding his rhetoric to the Macedonia name dispute and anti-immigration, picking up nationalist causes and inviting the small far right parties to join him. The first one to do so was the Party of Hellenism in 2004. Karatzaferis made good use of his television station to provide a forum to a wide array of publicity-starved marginal rightwing figures, ranging from junta sympathizers to neo-pagan occultists. His main star, Adonis Georgiadis, publisher of the antiquity-obsessed magazine *Hellenic Upbringing* (Ελληνική Αγωγή), made a TV career selling books by Constantine Plevris as well as his own opuses, including a hagiologic biography of Karatzaferis, a novel about the fall of Constantinople, and a monograph refuting that homosexuality was tolerated in Ancient Greece (Georgiadis, 2004). Karatzaferis achieved a breakthrough in the 2004 European parliament election, gaining 4.8 percent of the vote and a seat for himself in Strasbourg. LAOS joined the euro-skeptic Independent/Democracy group in the European Parliament, alongside UKIP and Lega Nord (VERNEY, 2011). Karatzaferis' success persuaded Makis Voridis to merge Hellenic Front with LAOS in 2005. In the 2007 election LAOS finally gained representation in the Greek parliament, electing ten deputies.

LAOS achieved its highest electoral result, 7.15 percent, in the 2009 European elections; its only remaining rival on the far right was Golden Dawn. In the national elections the following October LAOS won 5.63 percent of the vote, raising its seats to fifteen. These elections marked the defeat of incumbent Prime Minister Karamanlis, widely blamed for Greece's rampant deficit that triggered the debt crisis, and the return to power of the socialist party PASOK, led by George Papandreou. Papandreou faced the daunting task of seeking a rescue loan deal from the IMF and the EU conditional upon implementing tough austerity measures. The severe budget cuts sank Greece into a prolonged recession that further increased the debt-to-GDP ratio and fueled public discontent, causing massive defections of PASOK deputies. After airing an

ill-thought proposal to hold a referendum on Greece's future within the euro-zone, Papandreou was forced to resign, to be replaced by an interim government led by ex-governor of the Bank of Greece, Lucas Papademos. Papademos extended an invitation to all parties to join a coalition government of national unity, but the parties of the far left declined. The government was thus formed in November 2011 by PASOK, ND, and LAOS, the latter awarded with four ministerial portfolios. No sooner than LAOS joined the coalition, its poll ratings declined (ELLINAS, 2013). Seeing the mounting political cost of backing the austerity measures, Karatzaferis withdrew his support for the government in February 2012. But Vouridis and Georgiadis rebelled, joining ND and thus keeping their positions in the cabinet. Karatzaferis' U-turn came too late to save LAOS from the electorate's wrath. When the interim government's term expired and elections were called in May 2012, PASOK suffered catastrophic losses and LAOS was left out of parliament.

3.- Meander and Swastika

In the 1970s Nikos Michaloliakos followed the path of a typical far right youth: joining an extremist organization (Plevris' Party of the 4th of August, the date being the anniversary of the Metaxas dictatorship), being arrested for gun possession and assaults, spending some time in prison, joining the army and serving in the Special Forces. In 1980 he founded the magazine Golden Dawn, characterized by its unabashed neo-Nazi sympathies and display of the swastika, which marginalized it as unpatriotic even within the circles of the Greek far right. In 1984 Michaloliakos joined the newly-founded EPEN and led its youth movement, but left after a year and a half allegedly due to disagreements over EPEN's support for Israel at the European Parliament—Vouridis succeeded him as secretary of EPEN's youth wing a few months later. Michaloliakos recreated the Golden Dawn as a political party, promoting his cult of personality as its αρχηγός (the word for 'leader' used by most non-communist party leaders in Greece, but with a distinct Fuehrer-like ambiance in the case of the Golden Dawn, including the fascist raised hand salutes). The Golden Dawn started coming to the Greek media's attention after its involvement in demonstrations about the name of Macedonia in the early 1990s and violent clashes with leftist and anarchist groups in

Athens. The party's first electoral test was the European Parliament election of 1994, when it received 7,264 votes, far behind EPEN's 50,748.

Over the next fifteen years Michaloliakos engaged in meandering political maneuvers, at times suspending the publication of the magazine to avoid arrests, at times supporting other far right parties—such as Plevris' First Line (*Πρώτη Γραμμή*) in the 1999 European elections—at times contesting elections independently—either as Golden Dawn or under the rubric of Patriotic Alliance (*Πατριωτική Συμμαχία*). Despite running candidates on Karatzaferis' list in 2002, Golden Dawn soon scorned LAOS as not being nationalistic enough and withdrew its support from it, officially at least, as soon as Karatzaferis tried to deflect accusations that his party was fascist by stating that he also welcomed in its ranks Jews and gays (CHASAPOPOULOS, 2013).

The Golden Dawn developed an overtly neo-Nazi subculture of paramilitary indoctrination, violent tactics, summer camps, skinhead rock concerts and racist attacks. The party stepped up its anti-immigrant rhetoric during the crisis, organizing food and blood donation drive 'only for Greeks' which were vehemently opposed by the socialist mayor of Athens and criticized by the Church of Greece.¹ Its activity in areas of Athens with large immigrant populations and high criminality like Hagios Panteleimon, Golden Dawn has organized vigilante 'patrols' and clashed with leftist parties that campaign for the rights of illegal immigrants. Such activities helped Michaloliakos become elected to office for the first time in 2010 when he joined the Athens municipal council. As it modernized and attracted a new generation of adherents, the Golden Dawn gradually abandoned references to the Third Reich for a more Hellenic image, replacing the Celtic cross with a Greek meander as its emblem.

The rapid decline of LAOS' appeal in early 2012 and widespread discontent with corruption among the Greek political elite gave the party a golden chance to break into the mainstream, capturing a chunk of the rightwing anti-system vote. In the May election of that year, LAOS lost 18 percent of its previous voters to the Golden Dawn

¹ Archbishop Ieronymos has slowly stepped up his criticism of the Golden Dawn since 2012. Even the ultraconservative metropolitan bishop of Thessalonica Anthimos expressed disapproval of requiring people to display a Greek ID card in order to receive free food in Golden Dawn's soup kitchens.

and another 23 percent to a new rightwing populist party that broke off from ND, the Independent Greeks (*Ανεξάρτητοι Έλληνες*). Golden Dawn's results were even more impressive among first time voters, reflecting the party's youthful appeal, while its support outside Athens was stronger in the old royalist strongholds of the Peloponnese than in Macedonia, where LAOS used to poll well (ELLINAS, 2013). But the larger drama was played between ND, which marginally managed to remain in first place after massive vote losses, and the far leftist Coalition of the Radical Left (SYRIZA) which rose to become the second largest party, attracting much of PASOK's voter base. The formation of many new parties caused great volatility and electoral uncertainty. Since many of these parties did not make the three percent threshold and the Greek electoral system awards the first party with a fifty seat bonus, the temptation to let coalition negotiations fail and let a second round decide the final division of spoils was too great. In the June repeat election, LAOS sunk even further, but Golden Dawn maintained its gains. ND maintained its edge over SYRIZA and increased its seats, allowing its leader, ex-foreign minister and hardliner on the Macedonia question Antonis Samaras, to form a coalition government with PASOK and the Democratic Left, a smaller new socialist party (VASILOPOULOU AND HALIKIOPOULOU, 2013).

Anti-immigration rhetoric has certainly been a key aspect of the Golden Dawn's image, but illegal immigration has been a constant background factor in Greece since the 1990s and cannot by itself explain the ebb and flow of far right party fortunes. Many Greek political scientists have pointed out that the vote for the Golden Dawn is better explained by increased media visibility and the party's anti-system credentials (DINAS ET AL., 2012; GEORGIADOU ET AL., 2012; ELLINAS, 2013).

4.- Banning the Golden Dawn

Even if Greek political debate is typically rather animate, Golden Dawn's entry into parliament sharply raised the tones to new cacophonous highs. Already before the June election, Golden Dawn's buff young spokesman Ilias Kasidiaris made headlines around the world by slapping Greek Communist Party deputy Liana Kanelli during a morning zone TV news program (ANT1 News Channel, 2012). PASOK, SYRIZA and the

Democratic Left went on the counteroffensive and brought an 'anti-racism' bill into parliament which could be used to prosecute far right activists for hate language and hate crimes. New Democracy initially shelved the bill, claiming that law 927 from 1979 was sufficient to prosecute hate crimes. The police was also ordered to initiate an operation tastelessly dubbed *Xenios Dias* ('Hospitable Zeus') to round up immigrants and deport those who did not have residence permits. It was clear that after successfully co-opting some of LAOS' top figures, New Democracy considered first the strategy of chipping away Golden Dawn's voter base. After all, ND had a tradition of absorbing far right rivals since the 1980s. Mutual accusations of flirting with extremist voters became a constant source of wrangling between Samaras and Alexis Tsipras, the president of SYRIZA. The crisis was accompanied by a resurgence of far leftist terrorism in Greece (XENAKIS, 2012) and in January 2013 gunmen fired shots at ND's central offices with Kalashnikov rifles; that same month a Pakistani immigrant in Athens was stabbed to death by two Greeks whom police investigation linked with the Golden Dawn.

The Samaras government faced an uphill task of continuing to smack new taxes and other unpopular measures to guarantee the flow of tranches of the rescue loan package, while also projecting an image of restored political stability after years of strikes and demonstrations had seriously harmed Greek tourism. In June 2013 the Democratic Left withdrew from the government, protesting Samaras' decision to shut down the Greek public television company without consultation with his coalition partners. SYRIZA closed down the gap with ND and appears leading in many polls. The presence of Golden Dawn in parliament was an international embarrassment, and particularly disquieting to Israel, with which Greece cultivated a strategic partnership, benefitting from the deterioration of Israel's relations with Turkey. In September 2013 Pavlos Fyssas, a rapper and anti-racism activist, was assassinated by a member of the Golden Dawn after a brawl at a café in a suburb of Piraeus. Phone calls made by the perpetrator to higher ranking Golden Dawn members were used by the police in a remarkably quick investigation that soon engulfed the entire party. Within a month, the deputy attorney general of the Greek Court of Cassation (*Άρειος Πάγος*) had issued

a report describing the Golden Dawn as a criminal organization (Administrative Unit of the Attorney General, 2013). Arrest and search warrants were issued for Michaloliakos, Kasidiaris and another thirty Golden Dawn members. In October, the Greek parliament overwhelmingly voted to lift parliamentary immunity for six Golden Dawn MPs. A leftist terrorist attack on Golden Dawn's offices in November left two members dead and was widely condemned by other political parties; but this did not halt the investigation process against Neo-Nazis. In December the parliament voted to block state financing of the party, citing clauses in law 3023/2002 which require that parties respect democratic principles (Hellenic Parliament, 2002). In February 2014 a new report by Greek judicial authorities thoroughly implicated the Golden Dawn in orchestrating armed attacks on leftists and immigrants, including the murder of the Pakistani (Special Investigation Unit of the Athens Appellate Court, 2014). By March the Greek parliament had voted to lift the immunity of all Golden Dawn deputies.

Despite the overwhelming majorities achieved during these parliamentary votes, the issue of Golden Dawn's indictment has been fraught with political conflict. Unlike the German and Turkish constitutions, the Greek constitution contains no provision for the closure of political parties (AYKUT, 2013), and this was intended to be so at the time of its drafting in 1975 with the re-legalization of the Greek communist party. Greek judicial authorities have astutely used the approach of indicting the Golden Dawn for criminal offences, but many politicians, particularly in the far left, feel uneasy about opening the door for the wholesale illegalization of parties. Speaking in parliament, ex-Communist Party Secretary Aleka Papariga expressly warned the government to not even dare employ the same tactics against the communists, while the nonagenarian SYRIZA deputy Manolis Glezos, a veteran figure of the communist resistance in World War II, voted against the blocking of state financing for the neo-Nazi party.² Deputies of the independent Greeks voiced various concerns about the legality of the process and the fate of Golden Dawn's parliamentary seats. As a signal of appeasement to the left, the anti-racism bill was returned to the parliamentary

² <http://www.tanea.gr/news/politics/article/5066017/stis-4-30-to-apogeyma-h-onomastikh-fanerh-shfoforia-sthn-olomeleia-gia-anastolh-xrhmatodothshs-xryshs-ayghs/>

committee and approved in April.³ In May 2014, anticipating a possible ban, a new political party named National Dawn (Εθνική Αυγή) registered to participate in the European elections. After the Court of Cassation approved Golden Dawn's ticket, National Dawn withdrew. The Golden Dawn further increased its vote share in the European elections, achieving a record 9.39 percent. European elections are known to benefit small parties due to the protest vote (Simon and Marsh, 2007), so this is not necessarily an indication that the case against the Golden Dawn has caused its 'lionization' in the eyes of the electorate. But, at the same time, it does evidence the party's obduracy in the face of prosecution.

The pre-trial detention of Golden Dawn's deputies caused unprecedented legal complications for the Greek parliament. It was possible for the party to replace them if they resigned, but none of them chose to do so; since they maintain their parliamentary capacity, even with lifted immunity, they also cannot be deprived of their salary. They can only participate and vote in assembly proceedings if given permission to do so by the Korydallos prison attorney—permission was denied for them to vote in the motion of confidence this past October. This may prove hugely controversial as the government braces itself for the critical vote on the indirect election of the president of the republic next February; if a two-thirds majority is not achieved, the country will be headed for an early election, which will likely be won by SYRIZA.⁴

5.- Conclusion

There is little doubt that under the current political climate, the far right is here to stay in the Greek political scene. Over the previous two decades immigration waves, globalization, attempts at Greek-Turkish rapprochement and Turkey's EU candidacy created new opportunities for a far right pole to emerge on a

³ To placate the right, however, the final bill criminalized denial of all genocides recognized by the Greek parliament, including that of Pontian Greeks during World War I, a highly controversial point for leftist parties who question its historicity and see it as an impediment to rapprochement with Turkey.

⁴ Rumors circulated in the media that Evangelos Venizelos, professor of constitutional law and leader of PASOK, suggested that the article of the constitution could be interpreted to exclude detained deputies from the "three thirds of the total number of deputies" remain unconfirmed.

internationalist/libertarian vs. nationalist/authoritarian dimension. As Figures 1 and 2 illustrate, the electoral rise of the far right has been gradual and predated the Golden Dawn. The meteoric rise of the neo-Nazi party is clearly associated with Karatzaferis' fateful 2011 decision to join the coalition government that voted the EU-imposed austerity measures. The appearance of a "National Dawn" list in the May 2014 European election shows that eliminating the party from the political arena will be near impossible; it will simply resurrect itself under a different name and emblem. This was more or less Greece's experience with the Communist Party during the 1950s and 60s, as well as Turkey's and Spain's experience with regards to bans on political parties in the last decade. Recent research by political scientists on the strategy of ostracizing or demonizing parties of the far right also shows very mixed results (van Heerden and van den Brug, 2014). Though the criminal case against Golden Dawn may stand in court, it will hardly suffice to uproot resentment and xenophobia among Greece's impoverished and embittered electorate. The mainstream Greek political parties are hedging on a dangerous bet, hoping that Golden Dawn voters might flock to them in the next election or that the current anomaly in parliamentary procedure can be downplayed through constitutional ruses or appeals to a tacit doctrine of necessity until the economy picks up next year.

Figure 1: Total vote share of parties of the Greek far right (1994, 1999, 2004, 2009 and 2014 European elections; 1996, 2000, 2002, 2007, and 2012 national elections)

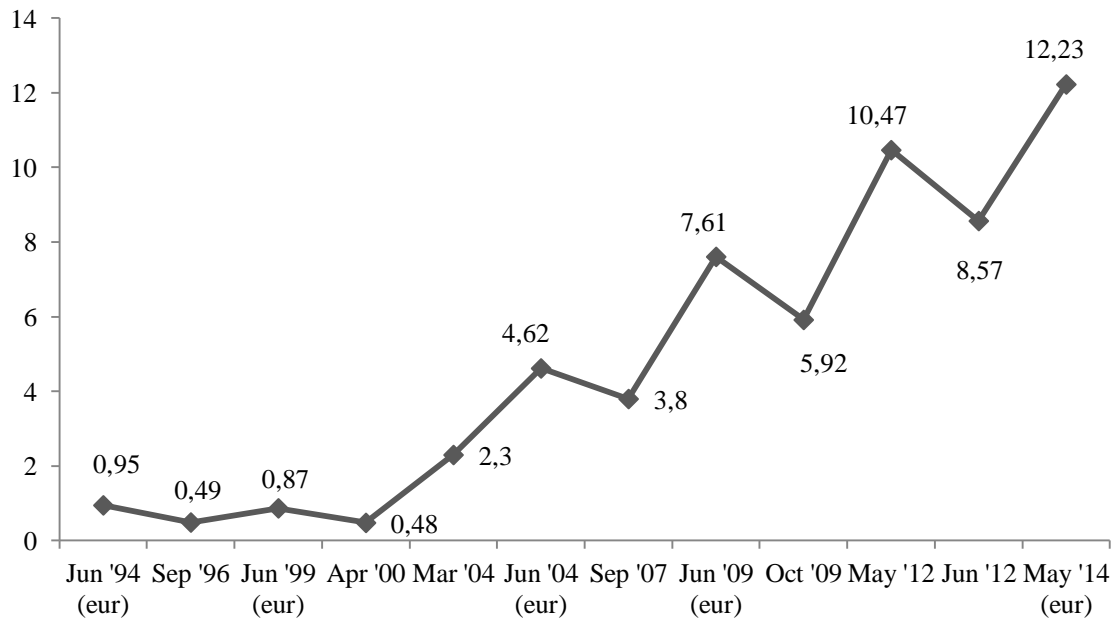
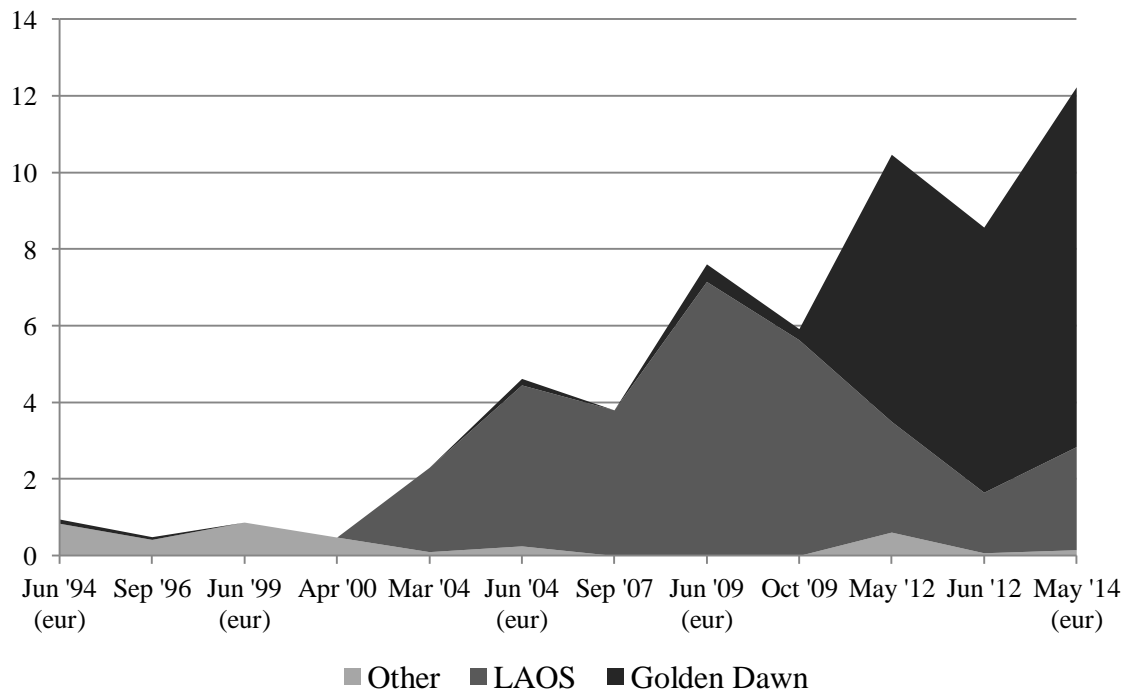


Figure 2: Greek far right vote share by party (elections as in Figure 1 above)



References

Administrative Unit of the Attorney General of the Greek Court of Cassation (2013) Protocol no. 4183a, Published at URL: http://www.newsit.gr/flash/porisma_XA.pdf

ANT1 News Channel (2012), Excerpt from morning show 'Πρωινό ANT1' uploaded to Youtube by the Greek Laboratory of Social Research in the Mass Media. URL: http://www.youtube.com/watch?v=w_WFYQFmp-w

Aykut, Kadir (2013) Δημοκρατία υπό Απειλή και Δικαστική Απαγόρευση Πολιτικών Κομμάτων [Democracy under Threat and Judicial Prohibition of Political Parties] URL: <http://curia.gr/dimokratia-ipo-apeili-kai-dikastiki-apagorefsi-politikon-kommaton/>

Bistis, George (2013) 'Golden Dawn or Democratic Sunset: the Rise of the Far Right in Greece' *Mediterranean Quarterly* 24.3: 35-55.

Chasapopoulos, Nikos (2013) *Χρυσή Αυγή: η ιστορία, τα πρόσωπα και η αλήθεια* [Golden Dawn: the History, the People and the Truth]. Athens: Livanis.

Clogg, Richard (1988) *Parties and Elections in Greece: the Search for Legitimacy*. Durham, NC: Duke University Press.

Dalakoglou, Dimitris (2013) 'From the 'Bottom of the Aegean Sea' to Golden Dawn: Security, Xenophobia, and the Politics of Hate in Greece' *Studies in Ethnicity and Nationalism* 13.3: 514-522.

Dinas, Elias, Vasiliki Georgiadou, Iannis Konstantinidis, Nikos Marantzidis and Lambrini Rori (2012) 'New Political Opportunities for an Old Party Family? The Case of Golden Dawn in Greece' Paper presented in XXII World Congress of Political Science, Madrid.

Ellinas, Antonis (2013) 'The Rise of Golden Dawn: the New Face of the Far Right in Greece' *South European Society and Politics* 18.4: 542-565.

Ellinas, Antonis (2010) *The Media and the Far Right in Western Europe: Playing the Nationalist Card*. New York: Cambridge University Press.

Georgiadis, Adonis (2004) *Homosexuality in Ancient Greece: The Myth is Collapsing*. Athens: Hellenike Agoge.

Georgiadou Vasiliki, Anastasia Kafe and Roula Nezi (2012) 'The Radical Right Parties under the Economic Crisis: the Greek Case' Paper presented at the 62nd Political Studies Association Annual International Conference, Belfast.

Georgiadou Vasiliki (2013) 'Greece' pp. 75-102 in Ralf Melzer and Sebastian Serafin eds. (2013) *Right-Wing Extremism in Europe: Country Analyses, Counter-Strategies and Labor-Market Oriented Exit Strategies*. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung.

Golden Dawn (2012) Θέσεις [Positions], retrieved from the party's official website URL: <http://www.xryshaygh.com/index.php/kinima>

Hellenic Parliament (2008) *The Constitution of Greece, as revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament*.

URL: <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>

Hellenic Parliament (2002) *Νόμος 3023/2002 Χρηματοδότηση των Πολιτικών Κομμάτων από το Κράτος* [Law 3023/2002 on the Financing of Political Parties by the State] Athens: Official Government Gazette (Issue A 146 20020625)

Accessed online at URL: http://www.drassi.gr/sre_files/2002_3023.pdf

Hix, Simon and Michael Marsh (2007) 'Punishment or Protest? Understanding European Parliament Elections', *The Journal of Politics* 69.2: 495-510

Special Investigation Unit of the Athens Appellate Court (2014) 'To the President of the Greek Parliament Regarding the Lifting of Immunity of Golden Dawn MPs', accessed at URL: <http://www.efsyn.gr/wp-content/uploads/2014/02/porisma-xrysi-aygi.pdf>

Verney, Susannah (2011) 'An Exceptional Case? Party and Popular Euroscepticism in Greece, 1959-2009' *South European Society and Politics* 16.1: 51-79

Xenakis, Sappho (2012) 'A New Dawn? Change and Continuity in Political Violence in Greece' *Terrorism and Political Violence* 24: 437-464.

Van Heerder, Sjoerdje and Wouter van der Brug (2014), 'How the demonization of anti-immigration parties affects their support and political trust', Paper submitted to

ECPR Joint Sessions, University of Salamanca, Spain. Accessed online at URL:
<http://ecpr.eu/filestore/paperproposal/7e31cdc2-8ee3-4dbc-9d15-ae92f03f6723.pdf>

Vernardakes, Christophoros (2011) *Πολιτικά Κόμματα, Εκλογές και Κομματικό Σύστημα: οι μετασχηματισμοί της πολιτικής αντιπροσώπευσης 1990-2010* [Political Parties, Elections and the Party System: the Transformations of Political Representation, 1990-2010]. Athens: Sakkoulas.

Vasilopoulou, S., and D. Halikiopoulou (2013) 'In the Shadow of Grexit: The Greek Election of 17 June 2012' *South European Society & Politics* 18.4: 523-542.

DIRECT DEMOCRACY AND THE PROHIBITION OF THE BINDING MANDATE

Elena Falletti

*Assistant professor in Private Comparative Law
Università Carlo Cattaneo – LIUC, Castellanza (VA)*

Summary:

1. Introduction.
2. *The constitutional prohibition of binding mandate*
3. *M5S' proposal on political choices and direct democracy.*
4. Direct democracy, proportionality and accountability to the voter
5. Conclusion.

Bibliography

Abstract in English

DIRECT DEMOCRACY AND THE PROHIBITION OF THE BINDING MANDATE

Parties and unions are grounded on the concept of representation. However, historically political representation has not always been expressed by them. Indeed, the experience of the first parliaments shows that the rule was the binding of the mandate. Basically, the representative's activity was limited to an oral exposure of the content of the cahiers de doléances prepared by the constituency that elected him. During the French Revolution the binding mandate was an issue to discuss. During the drafting of the Constitution of 1793, Robespierre questioned the liability of representatives and public officials towards the "sovereign people" with his famous speech "On the constitution and representative government". The Jacobins immediately realized that once the political autonomy of the representatives has been guaranteed, the accountability of the mandate was lacking and consequently the political essence of the connection between the representative and the represented should be enhanced. Following Rousseau's theories, Robespierre argued that popular sovereignty could not be represented: "The domain of the people only lasts a day" and, in any case, "its delegates are corruptible". This awareness causes the fall of the illusion that the will of the absent (the represented) can find immediate expression in those who are present (the representative). This leads to the necessary debate on how to maintain communication between voters and elected officials. Even more than two hundred years later, these criticisms have not lost their relevance and, as then, methods of participation and control of the representatives by the governed must still be provided in many legal systems.

This abstract analyzes the idea proposed by the Five Star Movement, that is a political party represented in both the Italian Parliament and in the European Parliament. This idea would consider the prohibition of the binding mandate as the key for a possible choice to face the irresponsibility of MPs in political life against laxity and corruption.

Resumen en español

LA DEMOCRACIA DIRECTA Y LA PROHIBICIÓN DEL MANDATO IMPERATIVO

Los partidos y los sindicatos están contruidos sobre el concepto de representación. Sin embargo, históricamente la representación política no siempre se ha expresado a través de los partidos políticos. De hecho, la experiencia de los primeros parlamentos era la existencia del mandato imperativo que vinculaba a aquellos llamados a representar a los grupos, comunidades o partes del territorio. Es la Revolución Francesa la que introduce la prohibición del mandato imperativo. Sin embargo, aún durante los trabajos preparatorios de la Constitución de 1793, Robespierre planteó la cuestión de la responsabilidad de los representantes y funcionarios públicos en contraposición con el "pueblo soberano" con su famoso discurso "Sobre la constitución y el gobierno representativo". Los jacobinos se dieron cuenta pronto de que una vez que la autonomía política de los representantes se ha garantizado, la rendición de cuentas del mandato era escaso y en consecuencia, la esencia política de la conexión entre representante y representado debía ser mejorada. Siguiendo las teorías de Rousseau, Robespierre argumentó que la soberanía popular no puede ser representada: "El dominio del pueblo sólo dura un día", y en cualquier caso "sus delegados son corruptibles". Esta toma de conciencia implica el fin de la ilusión de que la voluntad de los ausentes (los representados) podía encontrar una expresión inmediata en aquellos que están presentes (los representantes). Esto nos lleva al esencial debate sobre cómo mantener la conexión entre los votantes y los cargos electos. Incluso después de más de doscientos años, estas críticas no han perdido su actualidad y, como entonces, se discuten los métodos de participación y control por parte de los gobernados sobre los representantes.

Este trabajo analiza la idea propuesta por el Movimiento Cinco Estrellas, que es un peculiar partido político representado tanto en el Parlamento Italiano, como en el Parlamento Europeo, y que considera la prohibición del mandato imperativo como clave de la irresponsabilidad de los diputados en la vida política y por tanto en la lucha contra la laxitud y la corrupción.

Abstract in italiano

LA DEMOCRAZIA DIRETTA E IL DIVIETO DEL VINCOLO DI MANDATO. Sulla rappresentanza si costruiscono le fondamenta di partiti e sindacati. La rappresentanza politica non sempre è stata espressa dai partiti, infatti nell'esperienza dei primi parlamenti la regola era quella della vincolatività del mandato scritto conferito a chi era chiamato a parteciparvi in rappresentanza di ceti, comunità o parti di territorio. È con la Rivoluzione Francese, che venne stabilita la regola del divieto di mandato imperativo. Tuttavia durante i lavori per la Costituzione del 1793 Robespierre pose la questione sulla responsabilità dei rappresentanti e dei funzionari pubblici nei confronti del "popolo sovrano". I giacobini si resero conto per primi che una volta garantita l'autonomia politica dell'organo rappresentativo veniva meno l'assolutezza e l'astrattezza del mandato, concentrando l'essenza del ruolo politico tra rappresentante e rappresentati. Robespierre, al contrario, sosteneva che la sovranità popolare non potesse essere rappresentata. "Il dominio del popolo dura un giorno solo" e, in ogni caso, "i suoi delegati sono corruttibili". Questa presa di coscienza provoca la caduta dell'illusione "che la volontà dell'assente (il rappresentato) possa trovare immediata espressione in chi è invece presente (il rappresentante)". Ciò determina la necessaria riflessione su come mantenere costante la comunicazione tra elettori ed eletti, infatti seppure a più di duecento anni di distanza, tali critiche non hanno perduto la loro attualità e, come allora, si invocano strumenti di partecipazione e controllo da parte dei governati nei confronti dei governanti. In tale contesto questo abstract propone l'idea di analizzare il contributo costruttivo a siffatto dibattito proposto dal Movimento Cinque Stelle, peculiare partito politico che esprime rappresentanti sia nel Parlamento italiano sia nel Parlamento europeo e che considera il divieto di mandato imperativo come perno dell'irresponsabilità politica e quindi possibile fautore di lassismo e corruzione.

1. Introduction

The “Movimento 5 Stelle (Five Star Movement, hereinafter M5S), a new entity on the Italian political stage, has roots deeper than the last elections could show. In fact on political election of 24-25 February 2013, M5S gained 25.55% of votes and 163 Members of Parliament (109 deputies and 54 senators); later, at the European election in 2014 the boom has deflated but remained at 21%, gaining 17 MP, and stabilized as the second Italian political party, despite the high voters turnout. Everything started on 2005, when Beppe Grillo, a famous comedian, published his blog. Quickly became “*one of the most widely followed in the world over the past few years*” (BRASSEUR, 2014: 37). Now, Beppe Grillo's blog has become a virtual agora where he disseminates his political opinions, commented on by hundreds of people (MUELLER, 2008). Indeed, it hosts several activities, especially the supporting structure of M5S political participation.

2. The constitutional prohibition of the binding mandate

Parties and unions are grounded on the concept of representation. However, political representation has not always been expressed by them. Indeed, the experience of the first parliaments shows that the rule was the binding of the mandate, i.e. the written authorisation given to those who were called upon to represent classes, communities or territories (AZZARITI, 2009: 311), in a feudalistic perspective (SAJÓ, 1999: 110) such as France's *States-Generales* (LEVICO, 2009: 83). The representative's activity was limited to an oral exposure of the content of the *cahiers de doléances* prepared by the constituency that elected him. During the French Revolution the binding mandate was an issue to discuss. Three days after the Tennis Court Oath Louis XVI tried to manage the events that caused his fall, and enacted the ordinance of June 23, 1789 declaring the prohibition of the binding political mandate. This act opened the way to the end of the feudal system of the political representation characterising the *Ancien Régime*. However, the liability of the agent, a clear fundamental issue, was not regulated. During the drafting of the Constitution of 1793, Robespierre questioned the liability of representatives and public officials towards the “sovereign people” with his famous

speech "On the constitution and representative government" of May 10, 1793. The Jacobins realized that once the political autonomy of the representatives has been guaranteed, the accountability of the mandate was lacking and the political essence of the connection between the representative and the represented should be enhanced. Following Rousseau's theories, Robespierre argued that popular sovereignty could not be represented: "*The domain of the people only lasts a day*" and, in any case, "*its delegates are corruptible*" (AZZARITI, 2009: 311). This awareness causes the fall of the illusion that the will of the absent (the represented) can find immediate expression in those who are present (the representative). This leads to the necessary debate on how to maintain communication between voters and elected officials. Even more than two hundred years later, these criticisms have not lost their relevance and, as then, methods of participation and control of the representatives by the governed must still be provided in many legal systems. In Italy, the prohibition of binding mandate is stated by art. 67 of the Italian Constitution. It states that "*Each Member of Parliament represents the Nation and carries out his duties without a binding mandate*". According to scholars (LEVICO, 2011: 83) the ban of binding mandate, leading to a freedom of action of the deputies after their election, shows an ideological component. However, it moved it to the side of the candidate. The voters can join it or not through their vote at elections. Nevertheless, if the ideological element was shifted to the voters, there should be a situation similar to the *Ancien Régime*: voters should chose a very specific program with a referendum and then choose people responsible for making it happen in the Parliament. So, the voters have to follow them day-to-day in fulfilling their tasks and eventually replace them, just representatives according private to law rules if they does not comply, but this is precisely what Article 67 of the Italian Constitution intended to prohibit. The main problem breaching it is related to serious scandals from the inability to govern (AZZARITI, 2010; 108) to the bribery of Members of Parliament happened in 2008 (BACCHI, 2013) and 2010 (AINIS, 2010). The scandals were compounded by the fact that the electoral law did not provide for the direct choice of the candidates by electors but only on the list already formed by the secretariat of the parties. This law has been declared unconstitutional by the judgment No. 1/2014 of

the Constitutional Court for violation of the right of citizens to choose their own political representatives (SGRÒ, 2010). Currently, responses are quite varied, for instance, the overcoming of the traditional parties as a bureaucratic and self-referential bodies, no longer involved in the effective defense of the interests of their constituency or of the citizens. This kind of representative politics could be replaced by more liquid organizations, such as new forms of political movements (ALGOSTINO, 2007; 653), or with increased use of direct democracy, despite the difficult experiences of *referenda* in Italy, or participatory democracy (ALLEGRETTI, 2008; 175). The political proposal of M5S would fit in this scenario.

3. M5S' proposal on political choices and direct democracy.

M5S' proposal on political representation issues is a hybrid between direct democracy and participatory democracy with the underlying goal of overcoming the prohibition of the binding mandate. Direct democracy is designed to allow interested citizens to draft legislation and constitutional amendments for the approval of voters (the power of initiative) and to ask that laws adopted by legislative bodies be referred to voters “for approval or rejection” (the power of popular referendum) (ECKSTEIN, 2012: 33). The exercise of direct democracy is common mainly in the United States (CARTER, 2011: 306; EULE, 1990: 1510) and Switzerland (AUBERT, 1978). However, it is difficult to balance direct democracy with the fundamental human rights. The question is: if a right is inviolable, could it be submitted to a referendum on its existence, whose result is reserved to the majority of the voters? Examples of such kind of problems could be observed during the debates, for instance, about the well-known “Proposition 8” ballot on the constitutional prohibition of same-sex marriage in California (BURNETT, McCUBBINS, 2012: 1); and the referendum initiative introducing a constitutional prohibition on the construction of minarets adopted by Swiss voters in 2009 (MOECKLI, 2011: 774). Otherwise, participatory democracy consents to interested citizens to take part to public decisions where it is allowed. This kind of participation knows various degrees of presence of citizens in the public institutions, most of which show subordination of this presence in the mechanisms of political and administrative powers (ALLEGRETTI 2011: 2). For instance, among many examples of participatory

democracy there are the participatory budgeting experienced in some South America towns such as Porto Alegre, some kinds of public participation in public debate in urban or environmental matters (ALLEGRETTI, 2008: 175).

Participatory democracy of M5S is conducted in two ways: on the one hand through the "Sistema Operativo" ("Operating System", hereinafter "S. O."), the online debating and consultation application on Beppe Grillo's blog about the draft of the bills proposed in Parliament by M5S representatives. Indeed, in July 2015 it has been announced that "S. O." will be replaced by a more complete IT platform called "Rosseau"¹. On the other hand through the direct involvement of citizens in working groups on specific issues treated by M5S municipal and regional councilors and members of parliament. The participant must register himself or herself on this blog giving the number and a scanned copy of his or her ID document. Then, it has to be "certified" by the staff of the blog. Consequently, the registered participant can take part in both the voting and discussing processes.

The role of Beppe Grillo's blog in M5S political activities is fundamental because it is considered its main political head office. Even if the S. O. should be the core of M5S' political debate and an effective instrument to access participatory democracy, it presents a strong limit to participation because it is accessible only to persons registered and "verified" before January 1st 2014². This circumstance allows *de facto* the formation of an elite, whose consistence is not clear, since registered participants' personal data are not available to the public, because of obvious privacy reasons. This is a huge element of controversy: can a minority be involved in the MPs' commitment, when each MP represents the whole nation?

4. Direct democracy, proportionality and accountability to the voters.

Participatory democracy may be useful for sharing knowledge, skills and experiences, but the solution proposed for the implementation of direct democracy through a

1 <http://www.beppegrillo.it/2015/07/rousseau.html>, accessed July 18, 2015.

2 <https://sistemaoperativom5s.beppegrillo.it/>, accessed July 18, 2015.

privately owned blog could have some problems that it could be interesting to investigate.

Primarily, a question has to be answered: <<“Who are “the People”?”>> (ARONEY, 2006: 11) More than 9 million voters chose M5S at the 2013 elections, and how many of them are involved in voting through the blog? The most relevant experience, the expulsion of 4 senators from the M5S parliamentary group, saw only few tens of thousands of registered subscribers participating to the online vote. According to Beppe Grillo's declaration disseminated by himself through Twitter, 43,368 certified subscribers were involved in the online votation: 29,883 in favour of expulsion and 13,485 contrary to it. Are they a relevant sample that can constrain senators and deputies to the will of the majority among them? What kind of problems does it presents? Matematically, they represent 0.003% of the votes gained by M5S in the election of February 2013. It does not seem to be a reliable vote, because it lacks representativeness of M5S voters, since it does not pursue the principle of proportionality between the aim pursued (the accountability of the representative in front of the represented) and the tool used to achieve it (SWEET, MATHEWS, 2006: 116), especially the online voting system. Moreover, the reasons that were grounded the online vote on their expulsion seemed more linked to personal opinions on M5S political strategy than a specific assignment of criminal offenses (MUMELTER, 2014). The lack of debate between representatives and the subscribers throught the online platform, and the online vote on the representatives themselves about their stay in the parliamentary group, infringed the dignity (RUGGERI, 2011: 14) of the Parliament and of the MPs themselves. According to Article 67 of the Italian Constitution, the representative sits on the benches of the House or Senate and represents the whole Nation, and not just the small part of voters that took part in the online voting. Furthermore, the certification of each subscriber, as well as the registration of access to the platform of online voting, does not guarantee anonymity, and so the freedom of the vote. Besides, the managers and the owners of the platform will always know subscriber's vote or preference. Subscribers' votes are data closely linked to personal ones because of the registration of the ID documents of the voters. Such circumstance

enables the profiling of each user according to his or her vote and opinion, and limiting his or her freedom in terms of the right to be forgotten: how long are these data related to votes and opinions expressed kept by the managers and owners of the online voting system? Nobody knows for sure (D'ELIA, 2014). Indeed, such kind of vote apparently can give a sense of gratification to voters exasperated by "politicians' impunity". However, this system prevents discussion and debate, therefore, is likely to turn into a referendum on the person of the MP, regardless of the reasons why she or he chose to dissent from the group or rules thereof.

The approach proposed by M5S forgets that the prohibition of the binding mandate passes on to elected politicians a task not reflecting the reality represented by themselves, as the M5S model would like to bring about. Instead, politicians have to perform a function of representation, *"in the sense that they must represent a certain idea of society, not merely their voters"* (ZAGREBELSKY, 2009: 76). So, the model proposed by M5S could risk to legitimize its grass-roots voters as well as economic and technocratic lobbies (ZAGREBELSKY, 2009: 76), as a new form of feudalism, fragmenting general interests.

How is it possible to claim the accountability of the representatives in front their constituents without taking away their free independence? A comparative analysis of this issue could suggest a solution designed under the principle of proportionality: the recall procedure. As suggested by its name, the *"recall is a way to remove an elected official before the end of the official's normal term in office"* (FEENEY, 2007; 37). Even if it is scarcely investigated by scholars, the recall procedure has a fruitful constitutional tradition in American history (ZICK, 1999: 571; OSBORNE-KLEIN, 2004: 145) proving to be an *"important monitoring device that should be available to the people"* (ZICK, 1999: 570). It has a strict connection with popular sovereignty and the republican model. However, a constitutional monarchy of long tradition like the British one has been developing its introduction since the *"expenses crisis during the last Parliament"*. (HOUSE OF COMMONS, 2012: 1). Indeed, it has been taken as a model in 26 legal systems worldwide. As well as in the United States, it was adopted, for instance, in Argentina, Canada (British Columbia), Philippines, South Korea, Switzerland, and Taiwan. The

constituents could claim the accountability of the MPs in specific cases stated by the law, such as crime serious enough to receive a sentence, taking bribery, making racist or offensive comments, claiming expenses that they are not entitled to, switching to a different political party, breaking a promise in their election leaflet (HOUSE OF COMMONS, 2012: 13). Indeed, specific rules has to be provided to petition for recall by the constituents (WEINSTEIN, 2005: 138). Recall statutes can vary from state to state, however, they follow a general three-step model. First, voters have to circulate a petition to collect a sufficient number of signatures. Second, election officials have to determine if the recall petition contains the requisites stated by the law and the number of valid signatures. Third, if both elements are accomplished the recall can be held (WEINSTEIN, 2005: 139).

In Italy recall does not exist. However, M5S published the new rules for applying to the 2014 election to the European Parliament³ and among the few rules proposed a very original idea of recall was. It is stated that:

“The elected representative must resign if he or she is convicted of a criminal offense, even if under appeal. In the case that he or she should be accused of a criminal offense, he or she will be entitled to decide whether to leave office or not. The deputy must also resign if he or she should breach the code of conduct and the commitment to compliance with its rules subscribed at the time of submission of his or her application in respect of subscribers to the M5S. The deputy will be considered in serious breach where, according to the principle of direct democracy known as "recall", as already applied in the United States: i) at least 500 members of the M5S as of 31/12/2012 residing in the jurisdiction in which the deputy was elected justifiably have proposed to declare a serious breach; ii) the proposal has been approved by a majority vote in the M5S network by the subscribers to the M5S by 30/06/2013 residing in the jurisdiction in which the Member was elected.”

Once again it is proposed exclusively to the registered members to platform before 31 December 2012, so the voters that actually chose the European MPs are excluded,

3 http://www.beppegrillo.it/movimento/codice_comportamento_europee.php

both from claiming the recall itself and voting on it. However, the online voting is extended to subscribers registered before 30 June 2013. That seems to mean that not every subscriber has the same weight and it seems that only people registered by the end of 2012 have a full enjoyment of voting rights. Also, it should be noted that only 500 subscribers residing in the constituency can claim the “recall” procedure. It is a very small number, related to the voters, that could increase the uncertainty of the MP's political activity, subjecting him or her to undue pressure.

Political debate among M5S supporters, critics, and MPs has been developed on social network such as Facebook and Twitter, especially on political representatives' personal pages provoking its extreme fragmentation. This circumstance is encouraged by the use of massive social network by M5S activists. This kind of choice would seem to confirm the M5S propensity for “*audience democracy*”, as described by Bernard Manin (MANIN, 1997: 220) and emphasized through Internet use. In this model, political parties concede wide space and opportunities to personalization and communication that, in whichever way made, take over traditional parties organization. The consequences are that on the one hand collective entities, such as parties, which are the traditional guarantors of participation, are weakened. On the other hand the relationships among political party, civil society and voters pass almost exclusively through the media and political marketing (GALLO, 2013: 3).

5.- Conclusion

Scholars suggest that the M5S critical proposal of the prohibition of binding mandate makes a revival of the “*pioneer days of its birth in the continental Europe during that pluriennial workshop of Constitutional Law established in France between 1789 and 1793*” (ZANON, 2014). For those who so strictly refer to the Jacobin tradition, also assuming the attribute of “*citizens*” to indicate the MPs, the concept of “*representation*” is almost inadmissible. In fact, the M5S approach rejects the very idea of “*representation*”, that means “*giving presence to those who are absent*” (ZANON, 2014), and the notion of decision-making in the name and on behalf of the people represented, as the result of the independent evaluation of the representative. The

revolutionary *sans-culottes* participation during the sessions of the French Revolutionary Convention are replaced in modern form by flash-mobs, plenary meetings, streaming, through the “*web people*” exercise their constant control and with a “*online click*” approve and support or contradict and delegitimize (ZANON, 2014). Indeed, digital democracy, rather than representative democracy, should require the abolition of the prohibition of binding mandate as the “*cornerstone*” (GALLO, 2013: 3),” of the Italian constitutional system. Furthermore, the M5S theory on the political mandate is certainly compatible with Internet, but it is “*surely incompatible*” (GALLO, 2013: 3) with the representative parliamentary model. Thus, there is a high risk of transforming the means into the ends. In other words, by using technological instruments to reach certain objectives, politicians tend to impose their own choices onto citizenship while adopting an apparently neutral technique.

Bibliography

AINIS, Michele (2010), “*Corrotti e corruttori*”, La Stampa.

ALGOSTINO, Alessandra (2007). “La democrazia e le sue forme. Una riflessione sul Movimento No Tav”, in *Politica del Diritto*, pp. 653-702.

ALLEGRETTI Umberto (2011), “La democrazia partecipativa in Italia e in Europa”, Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, pp. 1-12.

ALLEGRETTI, Umberto, (2008). “Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione”, *Democrazia e diritto*, pp. 175-217.

ARONEY, Nicholas (2006). “Formation, Representation and Amendment in Federal Constitutions”, 54 *Am. J. Comp. L.* 277.

AUBERT Jean-François (1978). “Switzerland,” in Butler, Ranney, *Referendums: A Comparative Study of Practice and Theory*, 1978, Washington, D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, pp. 39-66.

AZZARITI, Gaetano (2009). “Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?”, *Democrazia e diritto*, pp.311-364.

AZZARITI, Gaetano (2010), “La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa”, in Incorvati, Marcelli, *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Roma, Aracne, pp. 101-112.

BACCHI, Umberto (2013) “Silvio Berlusconi 'Gave €3m Bribe to Rival Politician Sergio De Gregorio’”, International Business Times.

BRASSEUR Anne (2014). “Internet and politics: the impact of new information and communication technology on democracy”, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Report | Doc. 13386 | 13 January 2014.

BURNETT, Craig M., McCUBBINS, Mathew D. (2012). “Sex and the Ballot Box: Perception of Ballot Measures Regarding Same-Sex Marriage and Abortion in California”, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1884579>.

CARTER, Molly E. (2011). “Regulating Abortion Through Direct Democracy: The Liberty Of All Versus The Moral Code Of A Majority”, 91 B.U.L. Rev. 305.

D'ELIA, Dario (2012). “Voto online Movimento 5 Stelle: insicuro e poco trasparente”, La Repubblica.

ECKSTEIN, Paul F. (2012). “The Debate over Direct Democracy at the Arizona Constitutional Convention”, 48 AZ Attorney 32.

EULE, Julian N. (1990). “Judicial Review of Direct Democracy”, 99 Yale L.J. 1503.

FEENEY, Floyd (2007). “The 2003 California Gubernatorial Recall” 41 Creighton L. Rev. 37.

GALLO, Franco (2013), “*Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*”, Roma, Corte costituzionale, pp.1-13.

HOUSE OF COMMONS (2012). “Political and Constitutional Reform Committee, Recall of MPs, First Report of Session 2012-13”, London.

LEVICO, Andrea (2009). “Vota X. Storia di un segno”, Boves, Araba Fenice.

MANIN, Bernard (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge – New York, Cambridge University Press.

MOECKLI, Daniel (2011), "Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights", *Human Rights Law Review*, pp. 774-794.

MUELLER, Tom (2008). "Beppe's Inferno", *The New Yorker*.

MUMELTER, Gerhard (2014), "Psicodramma a cinque stelle", *Internazionale*.

OSBORNE-KLEIN, Joshua (2004). "Electoral Recall in Washington State and California: California Needs Stricter Standards to Protect Elected Officials from Harassment", 28 *Seattle Univ. L. R.* 145.

RUGGERI, Antonio (2011), "Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale", *Rivista dell'Associazione dei Costituzionalisti*, pp. 1-16.

SAJÓ, András, (1999). "Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism, Budapest, Central European University Press.

SGRÒ, Francesca (2014). "La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale: qualche considerazione sull'equilibrio tra rappresentanza politica e governabilità", in *Forum Costituzionale*.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud, (2008). "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 47 *Colum. J. Transnat'l L.* 72.

WEINSTEIN, Rachel (2005). "You're Fired!, the Voters' Version of "The Apprentice": An Analysis of Local Recall Elections in California", 15 *S. Cal. Interdis. L.J.* 131.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2009). "L'inganno, la competenza tecnica e la politica", in Lissoni, *Prometeo e la democrazia*, Albo Versorio Edizioni, Milano, 2009 (pp??).

ZANON, Niccolò (2014), "La seconda giovinezza dell'art. 67 della Costituzione", *Forum Costituzionale*.

ZICK, Timothy (1999). "The Consent of the Governed: Recall of United States Senators", 103 *Dick. L. Rev.* 567.

IL CONCETTO DI ESSENZIALITÀ, CRITERIO PER LA TASSONOMIA DEGLI ATTI GIURIDICI EUROPEI E SCHEMA DELLA DIVISIONE DEI POTERI TRA ISTITUZIONI DELLA COSTELLAZIONE POST-NAZIONALE

Giuliano Vosa

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli, Roma*

Sumario:

1. “Nuovi elementi essenziali”, ultimo approdo di un articolato itinerario concettuale.
2. Alle radici della “essenzialità”: “difficile conciliabilità” e “sensibilità della materia”.
3. Da “oggettivo-soggettivo” a “statico-dinamico”: la dottrina dell'essenzialità al confine della sedimentazione delle norme sulla normazione.

Abstract in italiano

Il concetto di essenzialità, criterio per la tassonomia degli atti giuridici europei e schema della divisione dei poteri tra istituzioni della costellazione post-nazionale

Il ventaglio di relazioni tra atti giuridici dell'UE nel dopo-Lisbona pare dischiudersi in una foggia incerta, che ben rispecchia l'incerta vicenda delle relazioni fra centri di pubblico potere nello spazio europeo. Mercè l'esame dell'istituto della delega, sul filo della sua evoluzione storica, se ne propone una classificazione imperniata sulla nozione di “nuovi elementi essenziali”, che sembra poterne descrivere esaustivamente le numerose variabili. Il concetto di essenzialità che da tale nozione si evince segue la traiettoria dell'equilibrio istituzionale, di cui volta per volta i soggetti della normazione dibattono la formula, e si pone a criterio ordinatore di un sistema delle fonti costruito dall'ottica dei destinatari e non da quella dei decisori. Inverandosi nel rapporto fra continuità logico-semantiche tra atti – sicché l'uno possa dirsi esecuzione dell'altro – ed invasività percepita dai soggetti medesimi – istituzioni e dunque rappresentati – con riguardo alle proprie sfere protette, tale concetto si colloca alla sorgente delle norme sulla normazione, che generano, con lo scorrere del traffico giuridico, dagli elementi qualificati come essenziali. Collocandosi in una temperie culturale rinnovata dall'anelito sovranazionale, l'essenzialità rivela l'orizzonte di senso che avvince il giurista nella comprensione del sistema delle fonti, dibattuto tra il formalismo positivista della Allgemeine Staatslehre e le strutturali aperture cui un ordinamento pluralista e policentrico deve la propria identità teorica e la propria fattuale sopravvivenza.

Resumen en español

El concepto de esencialidad, clave para la sistematización de los actos jurídicos de la Unión a la luz de la “separación de poderes” entre las instituciones de la constelación post-nacional

Tras el Tratado de Lisboa, la taxonomía de los actos jurídicos de la Unión se inspira en parámetros distintos; algunos siguen la trayectoria del derecho comunitario e internacional, otros se fundamentan en la doctrina del derecho constitucional. El análisis de los actos delegados (art. 290 TFUE) nos permite investigar el concepto de esencialidad, expresado por la noción de nuevos elementos esenciales; es decir, aquellas partes de una disciplina concreta que el Tratado reserva al acto legislativo. Mediante dicho concepto, el ordenamiento de la Unión describe la relación entre continuidad (referida a las posibles interpretaciones del acto delegante respecto al acto delegado, para que el uno sea ejecución del otro) e invasividad de las normas en cuestión (referida a la percepción de los destinatarios – las instituciones, ergo los ciudadanos europeos a través de los principios representativos – con respecto a dichas normas). “Nuevos elementos esenciales” son aquellas normas que, por su naturaleza y por los ámbitos materiales que regulan, los agentes de la producción jurídica perciben como “sensibles” en relación a la distancia hermenéutica entre la norma de ejecución y la de delegación. En el supuesto de que el acto delegado regule unos puntos demasiado “sensibles” respecto al margen entre los significados atribuidos a las normas respectivas, éste sería ilegítimo. Para fortalecer su legitimidad, estos puntos deben de ser regulados en una etapa de dicha producción que ofrezca más garantías de inclusión de los distintos intereses en juego. Aunque se trata de una evaluación subjetiva, su “objetividad” está en el espacio de mutual libertad que las instituciones reconocen la una a la otra, de manera que cada una de estas pueda aportar sus argumentos según las reglas específicas de cada etapa y defender sus puntos “esenciales” conforme a sus propias finalidades políticas. Una vez que ciertos puntos de una determinada disciplina hayan sido aceptados como esenciales en virtud del recíproco consenso de las instituciones, esta cualidad queda establecida en una meta-norma, que se dirige a los agentes de la producción jurídica. En ciertos casos, el cumplimiento de la meta-norma podría también realizarse por una acción jurisdiccional planteada por determinados particulares. Al surgir de una meta-norma, el vicio de ultra vires se convierte en violación de ley, es decir, de la meta-norma correspondiente, que procede de los elementos esenciales. Este concepto delimita por tanto el horizonte confuso que en la diatriba inter-institucional separa los argumentos políticos de aquellos jurídicos, que sólo pueden ser rechazados al precio de la substancial no-aplicación del “derecho” previgente. Ya que el sistema de las fuentes que se origine de este concepto tiene en primaria consideración la perspectiva de los destinatarios de la norma, la esencialidad permite descubrir un

perjuicio implícito, aunque común, en favor de un modelo monista, estado-céntrico de la producción jurídica, que – a pesar de su anacronismo hasta en derecho estatal – tal vez influencie bajo el perfil gnoseológico la capacidad de análisis del jurista contemporáneo frente a un ordenamiento poli-céntrico.

Abstract in English

The Concept of Essentiality: a criterion for the systematic understanding of the EU legal acts in the light of a “separation of powers” among the institutions of the post-national Constellation

A refreshed taxonomy of EU legal acts has been provided for in the Treaty of Lisbon, albeit of an ambivalent nature. A few terms of constitutional ancestry have survived the “de-constitutionalisation” pursued in the aftermaths of the French-Dutch no to the Constitutional Treaty. By means of a thorough analysis of the delegated acts (Art. 290 TFEU) a systematic understanding of the EU legal acts is attempted in the light of the EU law evolution. The locution “new essential elements” emerges as the expression of the concept of “essentiality”. In this paper, it will be argued that such concept is based on the relationship between logical-semantic continuity from the basic to the delegated act and perceived invasivity of the to-be-adopted discipline vis-à-vis the institutions (i.e. the European citizens, by virtue of the representative principles) that will have to abide by it. All actors of the lawmaking are allowed to bring their own arguments for the individuation of the essential elements and objectivity is guaranteed by the plurality of orderly voices competing in each stage of the law production. In this vein, essentiality is the source of meta-norms and the criterion for a comprehensive understanding of the EU legal acts as a system. Being debated in the multilateral legislative bargaining as a part of the substantive discipline, essentiality polices the blurred line between political arguments that the institutions bring to the debate and juridificated ones, which have been recognised as such – in case, by means of appropriate codification – consist in established practices and can only be overturned at the price of a substantial non-application of the relevant “law”. As the system it draws is construed from the angle of the rule-followers, essentiality also helps uncover the implicit bias in favour of a State-based understanding of the lawmaking – inspired to formalistic legal positivism – whose theoretical and de facto postulates are severely questioned even in domestic constitutional law.

1.- “Nuovi elementi essenziali”, ultimo approdo di un articolato itinerario concettuale.

Il Trattato di Lisbona evidenzia una bipartizione nel regime degli atti giuridici dell'Unione adottati in forza di una base giuridica derivata, suddividendoli in delegati ed esecutivi. Tale processo di differenziazione non nasce certo *ex abrupto*: ha avuto inizio col progressivo ampliamento dei poteri riconosciuti al Parlamento europeo nell'esecuzione, in particolare dagli anni Novanta. Presupposto giuridico di tale apertura è un mutamento interpretativo dell'art. 202 TCE, a tenore del quale il (solo) Consiglio deteneva il potere di fissare le modalità di controllo dell'esecuzione ove delegata alla Commissione.¹ Sulla scia di una nozione composita, “pluralista” di autorità delegante, evidentemente al di là dell'intenzione dei redattori e altresì distante della lettera del Trattato, è andata affermandosi una corrispondenza tra rappresentatività ed essenzialità: più il contenuto di una disciplina si approssima a ciò che è ritenuto “essenziale” nell'apprezzamento dei soggetti della normazione, più “rappresentativo” dev'essere il consesso abilitato a deliberarne. Tale corrispondenza segue il tipo di rappresentanza, parlamentare o intergovernativa, di volta in volta privilegiato. Nei settori materiali in cui l'integrazione europea è più intensa, il novero degli elementi essenziali appare restringersi, lasciando spazio al decisore esecutivo; nei settori che gli Stati invece avvertono come più strettamente legati al nucleo della sovranità nazionale, il margine creativo dell'esecuzione si presenta più angusto ove vi sia delegata la Commissione.²

Non stupisce che il regime pre-Lisbona e l'attuale possano leggersi in un'unica traiettoria, attenuandosi così le asperità della fase di transizione. E' questo un effetto

¹ Sul punto, *ex multis*, BRADLEY (2006, spec. 419)

² Tale regola è confermata nei casi di auto-delega consiliare, in cui cioè l'apprezzamento di estrema sensibilità da parte degli Stati sposta il baricentro della decisione esecutiva presso i governi nazionali; il limite dell'essenzialità si volge a proteggere le prerogative del Parlamento europeo, cui è ascrivito un ruolo cruciale nella preservazione dell'equilibrio istituzionale. La progressiva rarefazione dei casi di auto-delega, fino alla restrizione in casi specifici e debitamente motivati, testimonia del tentativo di far emergere un tipo rappresentativo parlamentaristico in luogo di quello intergovernativo, con particolare riferimento al settore dell'immigrazione; si veda in tal senso CGUE, C-133/06 del 6 maggio 2008, *Parlamento c. Consiglio*, con nota di CRAIG (2009: 1265 ss.). Per un esame della peculiare struttura dell'esecutivo europeo, attraverso le categorie del diritto costituzionale comparato, SCHÜTZE (2010: spec. 1397).

della genesi caratteristica del diritto europeo, che si forma per accordi successivi fra soggetti rappresentativi. Tali accordi riguardano sia il merito della disciplina adottanda, sia il metodo, cioè le norme mediante le quali tale disciplina possa essere validamente adottata. Con lo scorrere della prassi, su tali accordi si depositano gli argomenti che ciascuno di essi adduce per orientarne l'interpretazione ai propri fini; tale processo facilita l'emergere di regole e la loro progressiva codificazione, favorendone la conoscibilità e l'uso sia da parte dei soggetti istituzionali, sia, nel caso, dal singolo interessato.³

Da una lettura storicamente consapevole dell'istituto delle basi giuridiche derivate nel diritto dell'Unione, il concetto di essenzialità sembra assurgere a criterio generale di distinzione tra atti di base e derivati, come la sua trasversalità rispetto ai molteplici regimi giuridici dell'esecuzione pare dimostrare. Risulta infatti in grado di descrivere di volta in volta le relazioni fra i soggetti dello spazio pubblico europeo e tra gli interessi che rappresentano. Nutrendosi degli argomenti adottati dai soggetti della produzione giuridica, i "nuovi elementi essenziali" si collocano al confine tra la dialettica "politica" fra di essi e la regola di diritto ormai sedimentata, offrendosi all'apprezzamento di tutti i decisori coinvolti, non ultimo quello giurisprudenziale.

In base ad esso, il sistema delle fonti si lascerebbe cogliere in un'ottica invero peculiare rispetto al diritto statale, si direbbe "rovesciata". Un'ottica induttiva – ricostruita dalla prospettiva dei destinatari della norma e non dall'angolo visuale degli organi che emanano l'atto – e materiale, immersa cioè nella concreta vicenda della regolazione di cui si discute. Le norme sulla normazione, in siffatto contesto, non sarebbero "prefissate" da un meta-legislatore potenziato, ma emergerebbero proprio

³ HART (1961: 55 ss.) marca il confine tra "regolarità" e "regola"; autonoma, poiché scaturita per opera dei soggetti che se ne servono, si legittima in base alla natura rappresentativa che di essi si percepisce da parte dei medesimi rappresentati. Un simile percorso si lascia apprezzare attraverso la poliedrica lente della giuridificazione, concetto invero complesso e non privo di ambivalenze ed ambiguità. Cfr. KREIDE (2009); MAGNUSSEN, BANASIAK (2013). Con minori pretese concettuali, potrebbe invece parlarsi di razionalizzazione in forme, termine che ha il pregio di mantenersi neutro quanto all'asseverazione del valore giuridico di una regola, che nell'ottica che qui si suggerisce non è un dato postulato, ma l'esito di un processo argomentativo fra soggetti contrapposti. Si perdoni la citazione di IBRIDO, VOSA (2014: in part. 192 ss.; 197ss.)

dal sedimentarsi di regole sull'individuazione dei “punti essenziali” di una certa disciplina.

Secondo questa linea ricostruttiva, il crinale fra legislazione ed esecuzione si presterebbe a più coerente lettura nell'ottica del rapporto fra autorità e libertà, piuttosto che dalla prospettiva di una separazione tra organi e tra funzioni quale si legge a fondamento classico della divisione dei poteri nel diritto costituzionale degli Stati nazionali. Un'interpretazione, questa, densa di suggestioni, poiché sembra ricondurre la divisione dei poteri nell'ordinamento europeo alla tutela del pluralismo dei centri di produzione del diritto e delle reciproche relazioni tra di essi. Lasciandosi tradurre in formula di equilibrio tra istituzioni paritarie e distinte, la divisione dei poteri si libererebbe dal compito di cui era stata caricata nell'epoca della torsione statalistica del costituzionalismo liberale: ricostruire in chiave unitaria le funzioni del soggetto titolare di potere pubblico, cui oggi del resto parrebbe impossibile attribuire – comunque la si volesse configurare – la capacità di rappresentare, esso solo, una comunità di diversi.

Mutate le circostanze, la storia potrebbe allora percorrere a ritroso quella direttrice che, nell'accentramento del potere presso le strutture statali, sacrificò all'unità nazionale la salvaguardia della molteplicità delle voci, decisamente contribuendo – in luogo di opporvisi – al soffocamento del pluralismo politico.⁴

2.- Alle radici della “essenzialità”: “difficile conciliabilità” e “sensibilità della materia”.

La nozione di “nuovi elementi essenziali” nel dibattito istituzionale è stata ricondotta a due filoni ricostruttivi, tesi ad avvalorarne la natura giuridica. Da un lato una nozione *oggettivistica*, per cui si darebbero indici testuali la cui presenza integra *ipso iure* tale nozione, oggettivamente individuabili dal giudice all'esame dell'atto di base e dell'atto derivato. Dall'altro una nozione *soggettivistica*, per cui il limite

⁴ RIDOLA (2010: 3 ss.) ricorda che il costituzionalismo è valso alla costruzione di tecniche di legittimazione del potere; con ciò problematizzando il concetto di “limite” al potere costituito che storicamente vi si riconduce. Di qui la considerazione per cui la “separazione dei poteri” dovrebbe configurarsi come limitazione reciproca, piuttosto che come formula descrittiva dell'apparato statale nelle sue linee di funzionamento.

all'esercizio delle competenze di esecuzione resta nella discrezionalità dell'atto di base e non può definirsi in termini oggettivi; resterebbe così al giudice un controllo sulla compatibilità-coerenza, teleologicamente intesa, fra i due atti, ossequioso dell'autonomia del legislatore nella definizione dei propri obiettivi e dunque, di fatto, assai limitato.

Nel primo caso, la presenza di tali indici nel testo implica la nullità dell'atto delegato che ne contenga la disciplina e – come forse implicato da recente giurisprudenza⁵ – dell'atto di base che ne disponga una delega; nel secondo, siffatto parametro è ritenuto insussistente, lasciandosi campo libero, in prima battuta, alla determinazione di cui all'atto di base.

Di contro, se si accede alla tesi definita soggettivistica, l'oggettività delle valutazioni cede il passo all'apprezzamento dell'autorità legislativa, la cui libertà nei fini risulta massimamente valorizzata pure a discapito di quella di ulteriori soggetti. Il “test di essenzialità” si risolverebbe in una semplice valutazione comparata tra i fini che si dicono propri dell'atto di base e quelli che si attribuiscono all'atto esecutivo, sì da verificare la continenza o l'eccedenza degli uni rispetto agli altri. Tale valutazione spetta indubbiamente al legislatore; strettamente legata al perseguimento dei fini che si assumono nella disponibilità di questi, può essere sindacata solo con riferimento a questi ultimi. Tuttavia, giacché di fatto legata all'interpretazione dei fini prefissati dal legislatore, appare assai disagiata a slegare tale valutazione dalla discrezionalità di questi; svuotando così di senso il controllo giudiziale, stinto in un mero scrutinio di non manifesta irragionevolezza.

Così formulata, quest'ultima tesi pare però difficilmente sostenibile già sul metro dei principi generali. Il diritto europeo si caratterizza infatti per la presenza di soggetti rappresentativi, ognuno dei quali – per raffigurare i cittadini europei da una particolare prospettiva – è indispensabile al processo nomopoietico, pena l'alterarsi di un raffinato equilibrio. Tali soggetti assumono valenza istituzionale, poiché centri di sintesi fra istanze contrapposte e a un tempo periferie di una più ampia contrattazione:

⁵ Cfr. CGUE, C-427/10, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, del 18 marzo 2014. Si perdoni la citazione di VOSA (2015:12 ss.)

ad essi è riconosciuta facoltà di perseguire in autonomia finalità proprie, delimitate dall'accordo fra quegli interessi che nel proprio seno addivengono a composizione.

Siffatto approccio, non è superfluo ricordarlo, si motiva con l'obiettivo di tenere insieme in una cornice “ordinamentale” posizioni fortemente eterogenee. Tale attitudine all'inclusività verrebbe radicalmente meno qualora le possibilità per un'istituzione di far valere in sede giurisdizionale la lesione di proprie prerogative nel corso della produzione giuridica fossero in assoluto severamente limitate. Pacificamente, infatti, le regole che sovrintendono all'esecuzione – pena un *disequilibrio* istituzionale di segno avverso alla tutela del pluralismo – non possono rendersi disponibili *in toto* per il legislatore.⁶

Nelle ricostruzioni della Corte, pare in effetti prevalere una tesi “oggettivistica”:
*“Contrariamente a quanto sostengono il Consiglio e la Commissione, nell'accertare quali siano gli elementi di una materia che devono essere qualificati come essenziali, non ci si deve basare sulla sola valutazione del legislatore dell'Unione, bensì su elementi oggettivi che possano essere sottoposti a sindacato giurisdizionale”.*⁷

Il quesito dunque si sposta sulle modalità di individuazione di tali “elementi oggettivi”; *ergo*, sulla definizione dell'*iter* argomentativo volto ad accertarne la presenza, tenuto conto delle caratteristiche e peculiarità del settore in esame.⁸ Tali elementi, secondo la Corte, ricadono nella “responsabilità del legislatore” ove nel testo dell'atto si riscontrino due requisiti: l'esigenza di dar luogo a “una ponderazione dei divergenti interessi in gioco sulla base di molteplici valutazioni” e l'idoneità della norma ad incidere incidono su posizioni “sensibili” quali i diritti fondamentali.⁹ Per semplicità, tali requisiti possono definirsi *difficile conciliabilità* e *sensibilità* della materia in esame. Ove l'atto delegato rechi una disciplina di elementi qualificati come sensibili e di

⁶ Così, da ultimo, C-133/06, *Parlamento c. Consiglio*, del 6 maggio 2008, su cui il commento di CRAIG, cit.; cfr. altresì il Parere dell'Avvocato Generale M. Poirares Maduro, del 27 settembre 2007.

⁷ Così CGUE, C-355/10, *Parlamento c. Consiglio*, del 5 settembre 2012, sull'adozione *ultra vires* di un regolamento esecutivo in materia di immigrazione e sorveglianza alla frontiera; cfr. il paragrafo 67.

⁸ Vedasi il paragrafo 68.

⁹ Così al paragrafo 79. Un più approfondito commento della sentenza è in VOSA (2013-A: at 683 ss.)

difficile conciliabilità, è illegittimo; così come, dovrebbe ritenersi, una delega che investa appunto tali elementi.

Tuttavia, *difficile conciliabilità* è dato che, più che allo scrutinio di un decisore giudiziale, meglio si presta a un apprezzamento dei soggetti rappresentativi, nel cui seno primariamente si riscontra. D'altro canto, la stessa affidabilità dei lavori preparatori e in genere dei documenti redatti nel corso del *legislative bargaining* quale indizio per meglio coglierne “dall'esterno” l'andamento è revocata in dubbio. E' noto in effetti che il negoziato fra soggetti della normazione segue canali informali, paralleli e sotterranei rispetto a quelli formalizzati, che influenzano pesantemente sia il contenuto finale, sia l'articolato dispiegarsi delle procedure; il che rende parziale, se non fuorviante, il far assegnamento sui documenti preparatori come sintomo di una difficile conciliabilità degli interessi in gioco.¹⁰

Con l'aggancio al dato dell'interferenza coi diritti fondamentali, la valorizzazione della sensibilità consentirebbe una più sicura connotazione dell'oggettività. Si direbbe infatti: ove l'atto esecutivo vada ad incidere su posizioni ricomprese nell'alveo dei diritti fondamentali, la “sensibilità” della materia assume tinte di “oggettività” e sta ad indizio inequivocabile della necessità di trattazione in una sede “legislativa”.

Anche tale criterio però non sembra esente da critiche. Ricondurre la valutazione sull'essenzialità di taluni elementi alla loro afferenza ad una certa materia, ove si voglia attribuire a tale giudizio un carattere di oggettività, implicherebbe di fatto la stesura di un elenco di materie “di responsabilità del legislatore” i cui confini necessiterebbero di una definizione “oggettiva” per non inficiarne lo scopo. All'uopo, l'ambito applicativo dei diritti fondamentali, pur talora nitidamente discernibile, non lo è punto in generale; la soluzione del quesito sull'essenzialità di taluni contenuti riferibili alla decisione esecutiva verrebbe a dipendere dalla risposta ad un'altra questione – la riconducibilità di una data posizione soggettiva al novero dei “diritti fondamentali” – a sua volta non certo priva di elementi soggettivi e opinabili, in diritto comparato ed

¹⁰ Sull'intrecciarsi di una dimensione formale ed una informale nel corso dei negoziati, specie in codecisione, v'è ampia letteratura: *ex multis* FARRELL, HÉRITIER (2003); SHACKLETON, RAUNIO (2003); PENNERA, SCHOO (2004); MARTINEZ SIERRA (2008: spec. p. 12); JACQUE (2008: spec. 183-202). Da ultimo, si perdoni la menzione di VOSA (2013) ove più ampia bibliografia.

europeo. Siffatto criterio potrebbe funzionare se ancorato a un dato testuale inoppugnabile – una base giuridica per l’esercizio di una competenza dell’Unione – ma si rivelerebbe effimero ove mancasse ogni appiglio di tal sorta. Ed è questo appunto il caso dei diritti fondamentali, per cui – com’è noto – non v’è titolo, in capo all’Unione, per l’esercizio di competenza diretta.

Potrebbe allora, allo scopo di rafforzare la “oggettività” della valutazione di sensibilità e dunque trovare più stabile ancoraggio all’individuazione degli elementi essenziali, richiamarsi la dottrina della *pre-emption*, in base al quale il legislatore avoca a sé una competenza *ratione materiae* definendone l’estensione.¹¹ In tal caso però l’apposizione di tali vincoli si risolverebbe, ripiegando su se stessa, nell’impedire al giudice un controllo sostanziale, finendo per accreditare la tesi contraria. Il giudice infatti, non potendo intervenire sul merito della qualificazione “oggettivamente” attribuita alla disciplina legislativa, dovrebbe limitarsi a sindacare la legittimità dell’atto delegante in base al rispetto dei parametri prestabiliti: uno scrutinio tanto più tenue quanto più sfuggenti si fanno i limiti posti al legislatore. Ora, poiché assai generico è il vincolo che si desume dalla dicitura “elementi essenziali”, sarebbe come tornare al punto di partenza, poco o punto potendosi opporre al legislatore in sede giurisdizionale; sicché l’accordo sugli elementi da ritenersi essenziali ricadrebbe nella piena disponibilità di questi.

¹¹ La *preemption doctrine*, concepita quale strumento per realizzare il primato del diritto federale su quello statale, pur seguendo un percorso autonomo rispetto alla *supremacy clause* (GARDBAUM, 1994: spec. 773-774) si volge a regolare la distribuzione delle competenze tra Federazione e Stati (là dove la teorizzazione del margine tra legislazione ed esecuzione è storicamente ricondotta alla *nondelegation doctrine*); risulta però utile alla riflessione sul tema di cui si tratta, perché – oltre a fungere da criterio distributivo di competenze normative in un sistema tendenzialmente aperto, per le sue origini storiche, al policentrismo, come quello nordamericano – si orienta alla ripartizione rigida delle competenze attribuite, ritenendo di poter dedurre l’incompetenza della norma statale (poiché insiste su di un ambito “svuotato in anticipo”, *preempted*, dall’esercizio di una competenza federale) dall’interpretazione teleologica della norma federale che ne definisca il campo applicativo alla luce della Costituzione (cfr. *McCulloch v Maryland*, 4 Wheat. (17 U.S.) 316, 436 (1819); *Gibbons v Ogden*, 9 Wheat. (22 U.S.) 1, 211 (1824); più recentemente, *Retail Clerks v Schermerhorn*, 375 U.S. 96, 103 (1963)). Nonostante la sua risalente tradizione, il modello della *pre-emption* da ultimo si è aperto a percorsi più elastici e maggiormente rispettosi del margine di autonomia del giudice (HAZARD JR., 2010: spec. 1154 ss.) cui non è estranea una valutazione della sostenibilità economica dell’allocazione di competenze come concretamente esercitate.

Vi è altresì un dato testuale che sembra sconfessare una simile interpretazione della nozione di “elementi essenziali”. Questa infatti si accompagna, nel lessico dei Trattati, alla qualifica “nuovi” che anche figurativamente ne libera la portata dinamica. Infatti, se si leggessero taluni elementi come “essenziali” in sé, dovrebbe coerentemente dedursi che, ove l'atto esecutivo apporti elementi essenziali, sarebbe illegittimo anche se tali elementi fossero “non-nuovi”, cioè non eccedessero le finalità proprie dell'atto di base. In tal senso, la qualificazione della “novità”, sbiadita in un duplicato dell'essenzialità, non aggiungerebbe al discorso giuridico che un'appendice in tutto superflua.

Seguendo il filo delle critiche ad essa rivolte, non è difficile accorgersi che questa ricostruzione, se condotta fino in fondo, giunge a smentire la tesi che voleva dimostrare ed a confermare quella opposta. In definitiva: muovendo da una simile lettura dei presupposti indicati dalla giurisprudenza, non pare potersi riconoscere un vincolo al legislatore per la definizione degli elementi essenziali, permanendosi nell'insindacabilità di fatto della scelta compiuta in tal sede.

Occorre allora intendersi sulla nozione di “oggettività”. Nel campo degli “elementi essenziali”, sol che si abbia riguardo alla genesi del concetto, sta il margine di reciproca flessibilità tra legislazione ed esecuzione; autonoma, quest'ultima, nel perseguimento dei propri fini, ma parimenti legata alla prima da un indissolubile nesso logico-semanticamente – il rapporto fra legislazione ed esecuzione – che trova la sua giustificazione nel più solido titolo rappresentativo alla prima riconosciuto.

Non sarebbe allora possibile, mercé la definizione di essenzialità, pervenire ad una delimitazione giuridicamente compiuta dei limiti del potere esecutivo, tale da individuarne con precisione i canali: né la difficile conciliabilità, né la sensibilità della materia, possono all'uopo servire, poiché non sono che indizi di una relazione fra centri di potere in cui si manifesta l'equilibrio istituzionale, o, se si vuole, in cui viene a

modellarsi la rinnovata foggia del concetto di separazione dei poteri in un ordinamento policentrico.¹²

3.- Da “oggettivo-soggettivo” a “statico-dinamico”: la dottrina dell'essenzialità al confine della sedimentazione delle norme sulla normazione.

E' forse, allora, la dicotomia soggettivo-oggettivo a palesarsi inadatta, almeno se si pretendesse di leggere “oggettività” nel significato comune della parola.

Tale impostazione, in effetti, meglio s'attaglia ad una visione monistica della produzione giuridica, per la quale il “legislatore” mantiene una legittimazione originaria a fare diritto e gli altri soggetti della normazione non sono che epigoni della *voluntas legis*. A rileggere, benché a volo d'angelo, la parabola evolutiva del costituzionalismo, tutt'altro che incoerente con tali premesse sarebbe l'esito cui tale dicotomia pare invariabilmente ricondursi, e cioè l'affermazione per vie traverse del primato del legislatore e della impossibilità di sottoporre le decisioni a revisione giurisdizionale.

Che tale impostazione, pur criptata, offuscata fra le righe di una nomenclatura proteiforme, fissi l'orizzonte di senso dell'interprete, è del resto provato dal lessico impiegato per la descrizione dell'istituto. Nella dottrina come nella giurisprudenza, il rapporto fra legislazione ed esecuzione si legge sovente nei termini di “campo d'azione”, o “margine di discrezionalità”, e simili, che in base alla prima residuano alla seconda; di guisa che sia ragionevole definirne l'azione come “circoscritta”, compresa cioè in un perimetro chiuso, i cui paletti sono fissati nell'atto legislativo ed esistono “prima” dell'avvio dell'esecuzione stessa, posti a formale norma sulla normazione.

E' questa una tendenza iconografica invero pernicioso, poiché consegue l'effetto di rappresentare il rapporto fra legislazione ed esecuzione come uno spazio fisico, astrattamente delimitato, da cui l'esecuzione, per restare nei binari della legittimità, mai può fuoriuscire. Al contrario, tra l'una e l'altra intercorre una relazione puramente concettuale; fondata, in un ordinamento policentrico, sull'autonomia

¹²Sul concetto di separazione dei poteri da “recuperare” nell'ordinamento europeo CONWAY (2011: 304 ss., 309); cfr. inoltre LENAERTS (1991: 14-15); JACQUE (2004: 388-389); SCHÜTZE (2005: at 7-8)

reciproca nel perseguimento di propri obiettivi, benché nel rispetto del nesso che vuole la seconda dipendente dalla prima poiché dotata di un più solido titolo di legittimazione.¹³

La ricerca di “oggettività” a sostegno di tale relazione non può allora sclerotizzare i termini di siffatta, irrinunciabile autonomia reciproca. Voler negare alle istituzioni e ai centri che compongono ogni capacità d'interagire per la determinazione di propri fini – considerandosi *pre-empted* o comunque preclusa la possibilità d'interpretare a proprio uso il dettato dell'atto di base – e nel caso di difendersi presso il decisore giurisdizionale, sarebbe contrario allo spirito del diritto dell'Unione, ai suoi obiettivi di fondo ed alle linee che muovono la sua evoluzione.

Escluso dunque un concetto “rigido” di oggettività, appare necessario ricercare *aliunde* la chiave della relazione fra atti di base e derivati, dietro la quale si cela il rapporto tra due centri della produzione giuridica – quello legislativo ed esecutivo – ove operano istituzioni che, in quanto tali, dispongono di una libertà dei fini vicendevolmente limitata.¹⁴

La dicotomia soggettivo-oggettivo pare infatti sciogliersi ad un'analisi della giurisprudenza che sia coerente con i presupposti fondativi del diritto europeo, e che di conseguenza legga “difficile conciliabilità” e “sensibilità” come mutualmente interconnesse: proprio in quanto latori di posizioni difficilmente conciliabili, certi elementi di una data disciplina risultano più sensibili. Se, nell'insegnamento della Corte, è del legislatore – in quanto sede a più ampia rappresentatività – la decisione su quei punti che implicano “una ponderazione più accurata di interessi divergenti” e richiedono un accordo più ampio, allora può dirsi che difficile conciliabilità e sensibilità disegnano, come i contorni di un poliedro, i rapporti reciproci che s'instaurano fra rappresentanti e rappresentati nello spazio giuridico europeo.

Resta da stabilire come si misurino tali dati, onde si consenta ad un giudice di verificarne la sussistenza. All'uopo, è indispensabile interpretarne il senso lungo una duplice direttrice.

¹³ LENAERTS, DESOMER (2005: 745-746); cfr. SCHÜTZE (2005: 6-7); BAST (2012: 889-890)

¹⁴ IBRIDO, VOSA (2014: 215 ss.)

E' necessario anzitutto procedere in via ermeneutica e tracciare il confine logico-semanticamente tra i due atti, che devono potersi leggere in una linea di continuità affinché l'uno si dica esecuzione dell'altro. Su tali basi, è opportuno riconoscere la parzialità inevitabilmente legata all'apprezzamento della difficile conciliabilità che a tali interpretazioni si ricollega; tenendo a mente che a siffatta, manifesta parzialità, fa da necessario contrappeso la parzialità delle valutazioni degli altri soggetti, sicché nella dialettica argomentativa che si dispiega tra legislazione ed esecuzione possa liberamente dispiegarsi l'autonomia che alla seconda è riconosciuta.

Tale operazione esalta il profilo dinamico, "agonistico"¹⁵ delle rispettive valutazioni; ammettendo che l'essenzialità, lungi dal potersi predicare di un atto considerato *ex se*, non può non attraversare il combinato apprezzamento soggettivo dei plurimi attori della nomopoiesi e che nel mutuo contrapporsi di essi rinviene i motivi della propria "oggettività".

In tal modo, difficile conciliabilità e sensibilità si lasciano cogliere nell'ottica dell'interazione fra soggetti della produzione giuridica; l'una e l'altra rivelerebbero che, ove bisognosa di "ponderazione in base a valutazioni differenti" la questione ricade nella "responsabilità del legislatore" poiché sede a più ampia rappresentatività. L'una e l'altra, insomma, non possono predicarsi dell'atto in sé, ma ne descrivono il rapporto con i soggetti della normazione: dunque, secondo i meccanismi del principio rappresentativo, coi suoi destinatari. Pertanto, l'una e l'altra esprimono la percezione dei destinatari dell'atto in rapporto ad esso: se cioè essi avvertono la relativa norma come "sensibile" e riscontrano una divergenza d'interessi nel proprio seno e con gli interlocutori istituzionali, in tal caso potrebbero ritenere che le previsioni dell'atto di base non diano appoggio sufficiente per istituire una determinata norma delegata.¹⁶

¹⁵Spunti di interesse, per la dimensione "agonistica" insita nella dialettica tra istituzioni che conduce alla produzione giuridica, in CHALMERS (2003).

¹⁶ Corollario di quanto sostenuto nel testo è la dipendenza della posizione di un certo organo dalla "percezione" della invasività, da parte di singoli e gruppi, di una data norma. La natura induttiva della nomopoiesi fondata sulla valenza giuridica della rappresentanza trova dunque conferma nella sua piena rispondenza all'ampissimo fascio di relazioni di individui e gruppi con il mondo esterno; tutte condizionate dall'orizzonte di senso che li avviluppa, ora in quanto individui, ora in quanto gruppi. Di qui, in una tale concezione, la necessità di suprema attenzione per quei meccanismi capaci di influire sul rapporto percettivo del cittadino con i vari aspetti della *res publica*; i mezzi di comunicazione di massa,

Premesse tali valutazioni, appare allora che il concetto di essenzialità si esprima attraverso una relazione complessa, i cui termini sono nondimeno ricostruibili in unità dialettica. Per un verso, ordina enunciati normativi in un *iter* di concatenazione logica; per altro verso, tende a ricollegare decisori e destinatari attraverso le distinte fasi che ne costituiscono il percorso, in applicazione del principio rappresentativo nei suoi multiformi aspetti.

Da un lato, dunque, viene in rilievo la coerenza-compatibilità tra il contenuto dell'atto di base e di esecuzione. Dall'altro, emerge la percezione dei destinatari della disciplina riguardo agli effetti giuridici prodotti.

Per semplicità, potrebbe individuarsi, da un lato, la *continuità* fra i due atti, tale che l'atto esecutivo si ponga nell'alveo tracciato dall'atto di base e non se ne distacchi in maniera incongruente; dall'altro, la *invasività* degli effetti giuridici prodotti con riferimento alle sfere giuridiche dei destinatari.¹⁷

La valutazione di invasività nasconde un giudizio ponderato di due grandezze a loro volta interdipendenti. Per un verso, le relazioni tra la disciplina in oggetto e le posizioni giuridiche soggettive interessate; per altro verso, quelle fra la materia regolata e la tutela delle sovranità nazionali, a sua volta inquadrata nel principio del conferimento e dunque tesa a cogliere il discrimine delle competenze ascritte all'Unione.

“Invasività”, quindi, secondo le modalità operative del principio rappresentativo, è predicato ora delle sfere giuridiche singole, ora dello schermo che gli ordinamenti statali oppongono, in via differenziata ed asimmetrica per materia, all'esercizio di competenze sovranazionali. E' dunque a sua volta frutto di una relazione tra valutazioni differenti, poiché strutturalmente irrisolto è il nodo del principio

l'istruzione e i fenomeni di contaminazione culturale, l'ordinamento delle libertà espressive. Si veda, sul punto, la brillante intuizione di JSTIGLITZ (2012: 266 ss.) ove la competizione politica è presentata come “battaglia sulle percezioni” giacché consiste di fatto nell'indurre gli elettori a votare per qualcosa che potrebbe non corrispondere al loro interesse reale. Per più ampie trattazioni di aspetti che spalancano la via ad un tema di enorme fascino, ma certo troppo grande rispetto al presente, modesto lavoro, DEBORD (1974); BAUDRILLARD (1981); CHOMSKY (1989).

¹⁷ Sulla “dottrina dell'essenzialità” nella giurisprudenza della Corte in tema di basi giuridiche derivate cfr. VOSA (2015: 5 ss.)

democratico a livello europeo, da un lato irriducibile alla dimensione intergovernativa, dall'altro segnato dal problematico rapporto tra individuo ed Unione.

Se si considera inoltre che l'evoluzione storica della delegazione in diritto comunitario ha scavato il solco del conferimento di potere decisionale fra l'organo intergovernativo (il Consiglio, autorità "legislativa") e quello sovranazionale (la Commissione, autorità "esecutiva") ben se ne coglie la natura multiforme, strettamente collegata alla dialettica Stati-Unione e quindi al processo, lento, asimmetrico ma all'apparenza inarrestabile, di corrosione del monopolio degli Stati sulla produzione normativa.

Se ne deduce che il criterio dell'essenzialità, lungi dal potersi considerare in via astratta quale parametro oggettivo per ricostruire i limiti dell'atto esecutivo, si carica di significati profondamente eterogenei, "politici", nel senso che comunemente si attribuisce a questa espressione; riferibili al dibattito pubblico sul merito e del metodo della disciplina adottata. Tali valutazioni danno luogo ad una dialettica di argomenti contrapposti relativi al rapporto fra continuità ed invasività come sopra descritte; una dialettica senza fine, che si snoda lungo plurime fasi, non ultimo dinanzi al giudice. Rispetto a tale processo valutativo, definire "oggettivi" taluni degli elementi individuati ha senso soltanto se con tale definizione si intende la misura della reciproca forza argomentativa, che ciascuno dei soggetti della nomopoiesi dispiega per avvalorare – o viceversa disconoscere – l'appartenenza di una data norma al novero dei "nuovi elementi essenziali".

Argomento "oggettivo" – nel senso di solido, difficilmente controvertibile, è quello giuridico; sedimentato cioè nel diritto vigente, la cui percezione da parte dei soggetti coinvolti è di reciproca vincolatività. Ad esempio, ove si disponesse che gli allegati contenenti determinati elenchi debbano essere disciplinati in un atto legislativo, sarebbe questo un argomento giuridico per dire "essenziale" il punto *de quo*; argomento ad elevata persuasività, tale da poter essere superato solo a prezzo di una sostanziale non-applicazione della disposizione che lo esprime. In tal caso però il limite fra atto di base ed atto delegato non sarebbe indicato dalla nozione di elementi essenziali, ma catalogato secondo l'operatività di una precisa disposizione avente

natura di meta-norma; la cui fattispecie, meglio definita che dalla semplice clausola dell'essenzialità, ne indirizza l'alveo applicativo, conferendo un dato di stabilizzazione alla contesa fra argomenti contrapposti in corso di nomopoiesi.

Nell'individuazione “oggettiva” dei “nuovi elementi essenziali” al margine tra atto di base e delegato, il compito del giudice, insidioso ancorché decisivo, può così ricostruirsi in questi termini: ripercorrere l'itinerario argomentativo dei soggetti della normazione, onde possano illuminarsi le ragioni che danno nerbo a ciascuna valutazione e – mercé la pubblicità che alla vertenza giudiziale si collega – rimettersi al pubblico dibattito l'apprezzamento sul merito e sul metodo. In base agli indizi raccolti, il giudice forma infatti il proprio convincimento quanto alla “essenzialità” di taluni elementi e – di conseguenza – immette nel flusso della produzione giuridica le argomentazioni addotte nella motivazione della sua decisione, a nuova ed ulteriore *ratio* discrezionale di tale limite.

Bibliografia essenziale:

BAST, J. (2012) *New categories of Acts after the Lisbon Reform: Dynamics of Parlamentarization in EU Law*, in *CMLR*, 49, 885ss .

BRADLEY, K. St. C. (2006) *Comitology and the Court: Tales of the Unexpected*, in H.C.H. HOFMANN, A. H. TÜRK, *EU Administrative Governance*, 417ss.

CHALMERS, D. (2003) *The Reconstitution of European Public Spheres*, in *ELR*, 9-2, 4/'03, 127ss.

CHOMSKY, N. (1989) *Necessary Illusions: Thought Control in democratic Societies*, Cambridge (MA, USA): South End Press.

CONWAY, G. (2011) *Recovering a Separation of Powers in the European Union*, in *ELR*, 17-3, 304ss.

CRAIG, P. (2009) Nota a C-133/06 del 6 maggio 2008, in *CMLR*, n°4, 1265ss.

- DEBORD, G. (1974) *La société du spectacle*, Paris: Gallimard; J. BAUDRILLARD (1981) *Simulacres et simulation*, Paris: Galilée.
- FARRELL, H., HÉRITIER, A. (2003) *Formal and Informal Institutions under Co-decision: continuous constitution building in Europe*, in *Governance*, 16-4, 10-2003, 577ss.
- GARDBAUM, S.A. (1994) *The Nature of Preemption*, in *Cornell Law Review*, 79, 767ss.
- HART, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, ed. 2012.
- HAZARD Jr., G.C. (2010) *Quasi-Preemption: Nervous Breakdown in our Constitutional System*, in *Yale Law School – Faculty Scholarship Series*, n° 2322, 1143ss.
- IBRIDO, R., VOSA, G. (2014) «Forma» e «forme» degli assetti di organizzazione costituzionale dell'Unione europea, in *Il Filangieri*, 183ss.
- JACQUÉ, J.-P. (2007) *Une vision réaliste de la procédure de codécision*, Mélanges en hommage à G. Vandersanden (Bruylant, Bruxelles 2008) 183ss.
- JACQUÉ, J.-P. (2004) *The Principle of Institutional Balance* in *CMLR* 43, 383ss.
- KREIDE, R. (2009) *The Ambivalence of Juridification. On legitimate governance in the international context*, in *Global Justice* 2/'09, 18ss.
- LENAERTS, K. (1991) *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *CMLR*, 28, 11ss.
- LENAERTS, K., DESOMER, M. (2005) *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the EU? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *ELJ*, 11-6, 744ss.
- MAGNUSSEN, A.-B., BANASIAK, A. (2013) *Juridification: Disrupting the Relationship between Law and Politics?* in *ELJ* 19-3, 5/'13, 325ss.
- MARTINEZ SIERRA, J.M. (2008) *El procedimiento legislativo de la codecisión*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PENNERA, C., SCHOO, J. (2004) *La codécision: dix ans d'application (Cahiers de droit européen n°5\6)* 531ss.
- RIDOLA, P. (2010) *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, 3ss.

SCHÜTZE, R. (2010) *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (new) European Union*, in *CMLR*, 1385ss., 1397.

SCHÜTZE, R. (2005) *Sharpening the Separation of Powers through a Hierarchy of norms?*, in *EIPA Working Papers*, http://www.eipa.eu/files/repository/product/20070815142533_FC0501e.pdf,

SHACKLETON, M., RAUNIO, T. (2003) *Codecision since Amsterdam: a laboratory for institutional innovation and change*, *JEPP*, 10-2, 171ss.

STIGLITZ, J. (2012) *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers our Future*, ed. it. *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, II ed., trad. a cura di M. L. Chiesara (Einaudi, Torino, 2014).

VOSA, G. (2013) *Ordinary legislative proceedings at the European Parliament: a Constitutional Analysis of the emerging European Parliamentary Law*, in *RIDPC*, 3-4, 641ss.

VOSA, G. (2013-A) «Elementi essenziali» nella delega di potere legislativo: riflessioni sull'evoluzione del sistema delle fonti nel diritto dell'Unione, in *Rassegna Parlamentare*, 3, 683ss.

VOSA, G. (2015) *Delegated or implementing acts? Formal and informal criteria in the systematic understanding of the EU legal acts*, in *Scuola Superiore Sant'Anna Research Papers*, 3, <http://www.stals.sssup.it/files/Giuliano%20Vosa%20STALS.pdf>.

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y NACIONALES EN EL PROCESO DE AMPLIACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Ana Tomás López

*Profesora e Investigadora en Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

Sumario:

1.- Introducción.

2.- El respeto a los derechos de las minorías étnicas y nacionales como
precondición para el acceso a la Unión Europea.

2.1.- *Los Países* de Europa Central y del Este.

3.-La acción exterior de la UE.

3.1.- Los Estados ACP: La protección de las minorías nacionales en el
contexto de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la
Política de Cooperación con Terceros países.

4. Unas reflexiones finales.

Referencias bibliográficas.

Resumen en español

LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y NACIONALES EN EL PROCESO DE AMPLIACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

El proceso de ampliación de la Unión Europea hacia la Europa del Este ha sido largo y costoso. Muchos han sido los retos a los que ha sido necesario enfrentarse. Entre ellos, se encuentra la difícil cuestión de las minorías étnicas y nacionales de los Estados que se han incorporado o están en vías de incorporación al entramado institucional y geoestratégico de la Unión. Se trata de un asunto fundamental no sólo para los países recién incorporados o todavía candidatos de la Europa Central y Oriental (ECO), sino también para el conjunto de los Estados miembros.

Las características de la ECO, con sociedades multiétnicas y plurinacionales junto con una galopante crisis económica, han hecho que el proceso de cambio político fuera mucho más complejo que el que tuvo lugar en el Sur de Europa. Su enorme esfuerzo por incorporar los modelos de democracia liberal vigentes en la Europa denominada “occidental”, con el fin de acelerar su proceso de integración en las instituciones europeas, no ha dado los frutos esperados al no ser tratados en igualdad de condiciones. En este sentido, un análisis detallado confirma que la primera fase de adhesiones estuvo reservada a aquellos países que presentaban un menor número de problemas relacionados con minorías nacionales en sus fronteras; aquéllos que, en apariencia, han alcanzado unos mayores niveles de desarrollo económico y una mayor homogeneidad étnico-nacional con relación al resto.

Por ello, en pleno proceso de constitucionalización europea, los nuevos retos de la Unión no serán únicamente los que marcarán las directrices de la estrategia de Lisboa. Será necesario que, en su transcurso, se den pasos de gigante –reales y constatables– para hacer viable la Europa de las Regiones. Sólo en este sentido, podremos afirmar que la Unión vela por una defensa real de los derechos de las minorías presentes en sus territorios. Veamos si su análisis, a través de la evolución que se ha producido en las décadas más recientes, nos puede ayudar a detectar las claves de este proceso.

Abstract in italiano

LE MINORANZE ETNICHE E NAZIONALI NEL PROCESSO DI ALLARGAMENTO E COSTITUZIONALIZZAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

L'allargamento dell'Unione Europea verso gli Stati dell'Est può considerarsi lungo e faticoso. Sono state molte le sfide da affrontare. Tra queste, si segnala la difficile condizione delle minoranze etniche e nazionali di questi Stati che già fanno parte o sono in procinto di entrare nella struttura istituzionale e geo-strategica dell'Unione. Si tratta di una questione cruciale sia per i Paesi di recente ingresso, sia per quelle zone "candidate" dell'Europa centrale e orientale (ECO), sia per l'intero gruppo degli Stati membri.

Le caratteristiche degli Stati afferenti all'ECO, con società multietniche e plurinazionali, in virtù dell'incalzante crisi economica, hanno generato un processo di cambiamento politico molto più complicato di quello avvenuto nel sud d'Europa. L'enorme sforzo di questi ordinamenti nell'assorbire i modelli di democrazia liberale provenienti dai territori "occidentali", al fine di accelerare il processo di integrazione con le istituzioni europee, non ha generato i risultati attesi e non ha consentito una parità di trattamento. A tal proposito, un'analisi dettagliata conferma che la prima fase di adesione all'UE è stata consentita solo per quei Paesi che riscontravano un minor numero di problematiche circa la condizione delle minoranze etniche presenti sul proprio territorio; questi sono coloro i quali hanno raggiunto, apparentemente, un maggiore livello di sviluppo economico ed una migliore omogeneità etnico-nazionale, rispetto alle altre realtà.

Per questo motivo, in questo panorama di costituzionalizzazione dell'Europa, le nuove sfide dell'Unione Europea non saranno solo quelle indicate dalla strategia di Lisbona. Sarà necessario, all'interno di questo contesto, intraprendere passi da gigante - reali e tangibili - perché sia possibile una Europa delle Regioni. Solo in questo modo, possiamo affermare che l'Unione europea agisce realmente in difesa dei diritti delle minoranze presenti sul suo territorio. Questa analisi, che descrive l'evoluzione degli ultimi decenni, può essere d'ausilio per comprendere le caratteristiche principali di questo processo.

Abstract in English

THE NATIONAL AND ETHNIC MINORITIES IN THE EUROPEAN UNION ENLARGEMENT AND CONSTITUTIONALIZATION PROCESS

The enlargement process of the European Union towards Eastern Europe has been long and difficult. There have been many challenges that we need to confront. Among which we can find the difficult question of ethnic and national minorities. Especially in States that have been or are in the process of incorporation into the EU institutional framework and geo-strategic space. This matter is very important not only for new *member States* and Central and East European candidate countries, but also for the whole EU Member States.

The characteristics of this candidate countries, with multi-ethnic and multinational societies -with a galloping financial crisis- have made that the process of political change was much more complex to that it took place in the South of Europe. They have made an enormous effort to incorporate existing models of liberal democracy in the so-called "Western" Europe to accelerate its process of integration into the European institutions. However, it has not given the expected results because *they have not been treated* on equal terms. In this sense, a detailed analysis confirms that the first phase of adhesions was reserved for those countries that had fewer problems related to national minorities within its borders. Apparently, those that have achieved higher levels of economic development and greater ethno-national homogeneity, in relation to the rest.

Therefore, in the process of European constitutionalization, not only the new challenges of the Union will define the guidelines for the Lisbon strategy. Throughout this period, It will be necessary to carry out giant, real and verifiable advances to make viable the Europe of the regions. Only in this sense, we can confirm that the EU ensures a real defense of minority rights in their territories. Let's see if this analysis, through the evolution occurred in recent decades, it can help us to find the keys to this process.

1. Introducción

Para la Unión Europea del Siglo XXI, la cuestión de las minorías tiene un carácter decisivo en el conjunto de sus Estados miembros. Esencialmente para su legitimidad y para la pervivencia y plena garantía de la democracia multicultural del viejo continente. Por ello, en esta investigación trataremos de ir más allá de las clásicas respuestas que plantea el desafío de las minorías al discurso de la legitimidad democrática y de inventar nuevos conceptos y activar aquellos que todavía no hemos tomado en serio en el proceso de construcción europea. Especialmente, aquéllos que hemos de considerar centrales, como son el pluralismo, la solidaridad y la igualdad. Valores intrínsecos de nuestro Estado de Derecho, del cual se hacen eco todas las Constituciones democráticas en el seno de la Unión (DE LUCAS MARTÍN, 1999: 13-22).

En este sentido, tal vez pueda resultar obvio -desde un punto de vista comunitario e ideológico- que la protección de los derechos de las minorías revista cada vez mayor importancia. No obstante, desde un punto de vista legal y jurisprudencial, este tema se encuentra más a niveles nominales que reales en las políticas europeas. Su regulación no va más allá de declaraciones de intenciones, muchas veces forzadas por el contexto internacional y, en el caso de Europa, como respuesta y en la búsqueda de soluciones conjuntas a las guerras que han devastado la antigua Yugoslavia.

Este hecho ha sido especialmente evidente durante el proceso de ampliación de la Unión Europea hacia la Europa del Este. Motivado por la presencia de numerosas minorías étnicas y nacionales en aquellos Estados que se han incorporado al entramado institucional y geoestratégico de la Unión o están en vías de hacerlo. Se trata de un asunto trascendental tanto para los países recién incorporados o todavía candidatos de la Europa Central y Oriental (ECO), como para el conjunto de los Estados miembros. No sólo por las características intrínsecas de estos candidatos, configurados por amplias sociedades multiétnicas y plurinacionales, que plantean -de forma paralela- la necesidad de dar cabida a las regiones en la construcción europea; sino también por el impacto de una reciente y galopante crisis económica en la UE, que han hecho que el proceso de cambio político fuera mucho más complejo que el que tuvo

lugar en el Sur de Europa. Pese a los esfuerzos que han realizado estos países, su camino hacia la integración en las instituciones europeas no ha dado los frutos esperados al no ser tratados en igualdad de condiciones.

Por ello, en pleno tránsito hacia una constitucionalización europea, los nuevos retos de la Unión no serán únicamente los que marcarán las directrices de la estrategia de Lisboa. Será necesario que, dentro de este proceso, se den pasos de gigante –reales y constatables- para: Primero.- crear mecanismos legales que sean capaces de controlar y regular el respeto por los derechos humanos y los derechos de las minorías étnicas y nacionales en el viejo continente; Segundo.- tener la capacidad de resolver los problemas relacionados con estas minorías presentes tanto en los países candidatos, como en aquellos históricos que ya emergían dentro de las fronteras de los quince; Tercero.- que las instituciones internacionales y las de la UE ejerzan una presión efectiva para cambiar algunas políticas relacionadas con las minorías étnicas y nacionales y las naciones sin Estado. Sólo en este sentido, podremos afirmar que la Unión vela por una defensa real de los derechos de estos colectivos. Veamos si su análisis, a través de la evolución que se ha producido en las décadas más recientes, nos puede ayudar a detectar las claves de este proceso.

2.- El respeto a los derechos de las minorías étnicas y nacionales como precondition para el acceso a la Unión Europea

2.1.- Los Países de Europa Central y del Este

Tras la caída del muro de Berlín, los Estados miembros de la Unión Europea tomaron conciencia de la importancia de lograr una estabilidad política y un progreso sostenido en los Países de la Europa Central y Oriental (RUIZ VIEYTEZ, 2010: 57). El desarrollo armonioso de la Unión dependía del equilibrio político de Europa en su conjunto (WEIB, 2005: 4). Para ello, era necesario subordinar las relaciones comerciales y potenciar los valores democráticos y humanos. Con este fin y, en el marco de la cooperación política, el reconocimiento a los nuevos Estados se basó en el cumplimiento de diversas condiciones. Entre ellas, la “inviolabilidad de las fronteras” o

la “garantía de los derechos de los grupos étnicos y nacionales” en los términos establecidos por la OSCE¹.

De esta forma, el objetivo de estabilización democrática interna de los países de la “otra Europa” se vería reflejado de forma visible en el ámbito de las relaciones exteriores que la Unión Europea desarrolla con otros países del continente en el marco de actuación de los pilares comunitarios². No es de extrañar que, en esta línea, su respeto y protección representen un imperativo que la UE impone como precondition para el establecimiento de sus relaciones exteriores o comerciales. Además de ineludible en el caso de aquellos Estados que aspiran a convertirse en miembros de hecho y de derecho de la Unión Europea³.

Por ello, junto al cumplimiento de una serie de principios de orden económico, se incluyó explícitamente en los “criterios de Copenhague para la adhesión” el respeto de los derechos humanos en general y de las minorías en particular (DÁVILA FIGUEROA, 2008: 16-17). Éstos constituyen un estándar de admisibilidad, que establece que los países candidatos deberán ser valorados sobre la base del principio de igualdad, tal como fue establecido en las conclusiones del Consejo Europeo de Cardiff, de 15 y 16 de junio de 1998⁴.

La renovada importancia que cobra la protección de las minorías en el proceso de ampliación de la UE se vio también reflejada en la comunicación de la Comisión *Agenda XXI, Por una Unión más fuerte y más amplia*. Este documento supone un importante avance al dotar a los criterios de Copenhague de mayor especificidad (KATZ,

¹Cfr. “Declaración común de 17 de diciembre de 1991 relativa a las condiciones para el reconocimiento de los nuevos Estados de Europa del Este y de la Unión Soviética” [Boletín CE 12. 1991].

² Estos principios se encuentran reconocidos en el preámbulo del Tratado de Ámsterdam, en la misma línea del Tratado de Maastricht. Se pronuncia, señalando en su artículo 6.1 que “(...) *la Unión se fundamenta en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho; principios comunes a todos los Estados miembros*”. En su segundo apartado reafirma el respeto de los derechos fundamentales, sujetándose a las normas establecidas en la Convención Europea de 1950 y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

³ El artículo 49 del Tratado de Ámsterdam, establece que, con carácter general, cualquier Estado podrá formar parte de la Unión Europea siempre y cuando respete los principios establecidos en el párrafo primero del artículo 6. La solicitud será trasladada al Consejo, quien se pronunciará por unanimidad, previa consulta del Parlamento Europeo, que deberá aprobarlo por mayoría absoluta de sus miembros.

⁴ [Boletín UE 6-1998, punto 1.21.63] y en las del Consejo Europeo de Helsinki, celebrado el 10 y 11 de diciembre de 1999 [Boletín UE 12-1999, punto 1.3.3].

2000: 483). En este sentido, sostiene que la protección de las minorías no exige tanto la ausencia de discriminación en su ámbito, como la consecución de la plena integración en la sociedad del respeto de las diferencias. Ello exhorta a una representación de las minorías étnicas y nacionales en los órganos políticos, a la protección de las lenguas minoritarias, a la adhesión de los países candidatos al *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales* y al respeto de la *Recomendación 1201*, adoptada por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (HILLION, 2004:1-22).

No obstante, dado que no existen mecanismos ni instituciones específicas que obliguen jurídicamente a los países candidatos, la UE ha utilizado dos vías indirectas para lograr este objetivo. La primera de ellas, el servirse de otras organizaciones europeas para ejecutar una labor de control, como son el Consejo de Europa y la OSCE a través de la Oficina del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales. La segunda, la negociación política con los gobiernos de los Estados candidatos. En la práctica, se lleva a cabo una combinación de ambas.

Otros instrumentos utilizados son los “tratados de segunda generación” o Acuerdos de Asociación. Tienen un trasfondo fundamentalmente comercial y son firmados con los futuros miembros pertenecientes a la ECO⁵. Así como los Acuerdos de “Partenariado” o Cooperación con los nuevos Estados emergentes de la URSS y con algunos de los Estados del sudeste europeo. En consonancia con el *Acta Final de Helsinki y la Carta de París para una nueva Europa*, en todos ellos aparece una cláusula relativa a los derechos humanos y a los valores democráticos, regulando la protección de los derechos de las minorías bajo los principios de no discriminación e igualdad ante la ley. Otro importante instrumento de control y barómetro para su cumplimiento durante la fase de negociación de las adhesiones han sido los informes sobre la valoración de los progresos realizados y elaborados por la Comisión Europea para cada uno de los países candidatos.

⁵ Entre ellos, cabe mencionar los Acuerdos de Asociación que se firmaron entre Polonia y Hungría (1991); Bulgaria (1992); Rumanía, República Checa y Eslovaquia (1993); Estonia, Letonia y Lituania (1995); y Eslovenia (1996).

También fue significativa la celebración de la Conferencia sobre el Pacto de Estabilidad para Europa o *Pacto Balladur* (París, 1994), firmado finalmente en 1995 por cincuenta y dos países miembros de la OSCE. Tiene un trasfondo claramente político, aunque no es jurídicamente vinculante. Se concretó -en la práctica- en la inamovilidad de las fronteras establecidas y la prevención de conflictos y la seguridad europea. Se focalizó especialmente en las minorías húngaras establecidas en distintos Estados de Europa Central (BENOÎT-ROHMER, 1996: 30-37). Su resultado más importante fue la incorporación de importantes tratados, como el de buena vecindad entre Hungría y Rumanía, rubricado el 16 de septiembre de 1996.

2.2.- Los Países de Europa Sudoriental: La zona balcánica

Esta área de acción comunitaria se extiende también hasta los restantes países de la zona balcánica. En una primera fase, a través de una serie de acuerdos de asociación. En una segunda, dentro del proceso de adhesión a la UE por parte de algunos de estos Estados como “candidatos potenciales”. Todo ello reforzado por el *Pacto de Estabilidad para Europa Sudoriental*, de junio de 1999.

El punto de partida fueron los Acuerdos de Dayton y de París que, tras proporcionar una relativa estabilidad al área, animaron al Consejo de Asuntos Generales a renovar, el 26 y 27 de febrero de 1996, la aproximación regional con el fin de potenciar el proceso de paz y estabilidad. Se realizó con aquellos países con los cuáles existían acuerdos de asociación. Se establecieron relaciones bilaterales con Albania, Bosnia-Herzegovina, Croacia, la República Federal de Yugoslavia y la ex-República yugoslava de Macedonia. Con este fin, se definieron principios de condicionalidad, basados en los criterios de Copenhague. Éstos contenían tanto elementos generales como específicos (políticos y económicos)⁶. Se materializaron en el derecho de las minorías a crear y mantener sus propias instituciones, organizaciones y asociaciones educativas, culturales y religiosas; a la utilización de su propia lengua

⁶ *Vid.* Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales de 29 de abril de 1997; así como las Conclusiones del Consejo sobre el principio de condicionalidad en el desarrollo de las relaciones de la Unión Europea con países de la Europa Sudoriental, Anexo III, [Bol. UE 4-1997, punto 2.2.1]; y las Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales, de 9 de noviembre de 1998 [BOL. UE 11-98, punto 1.3.73] sobre la condicionalidad en el desarrollo con los países de los Balcanes occidentales.

ante tribunales y autoridades públicas, o a la adecuada protección de los refugiados y apátridas que retornaban a los territorios.

En 1999, fue sustituida por una estrategia más ambiciosa y a más largo plazo. Implicaba un proceso de estabilización y asociación con los países de la Europa Sudoriental que recientemente habían sido designados como “candidatos potenciales” a la adhesión a la Unión en el Consejo Europeo de Fier, de junio de 2000: Albania, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Serbia-Montenegro, Kosovo y la antigua República yugoslava de Macedonia. La propuesta de potenciación de este proceso fue revalidada también por el Consejo Europeo de Salónica, de junio de 2003, donde se decidió crear un partenariado europeo en el que se reflejasen las prioridades a establecer con los Estados interesados, tanto a medio como a largo plazo. Con este fin, se creó también un programa de financiación en el año 2000⁷.

Más o menos coetáneo es el *Pacto de Estabilidad para la Europa Sudoriental*, firmado el 10 de junio de 1999. Comparte espíritu y objetivo con los anteriores acuerdos, sirviendo de marco para la adopción de iniciativas y proyectos concretos que contribuyan a la estabilidad y al desarrollo de toda el área balcánica. Y, de forma subyacente, hacia la defensa de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la protección de las minorías nacionales y la adopción de las reglas propias de una economía de mercado, lo cual se refleja en su propia estructura y método de trabajo.

3.-La acción exterior de la UE

3.1.- Los Estados ACP: La protección de las minorías nacionales en el contexto de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la Política de Cooperación con Terceros países

Como hemos analizado con anterioridad, la evolución que se ha producido en la Unión Europea en materia de protección de los derechos humanos ha sido muy significativa desde principios de los años noventa. Por un lado, en el plano interior, con la consolidación de la Europa de las Regiones. Por otro, en el marco exterior de la

⁷ Cfr. Reglamento (CARDS) nº 2666/2000 del Consejo, de 5 de diciembre de 2000, [DO L 306 de 7.12.2000, p. 1], modificado por el Reglamento nº 2415/2001 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, [DO L 327 de 12.12.2001, p. 3].

Unión, con el fortalecimiento y notable expansión de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

En el ámbito de la cooperación con Terceros países, analizaremos asimismo la desarrollada con los denominados países ACP, -Estados de África, del Caribe y del Pacífico-, como muestra del interés de la Unión en tratar de garantizar también los derechos de las minorías étnicas y nacionales presentes fuera de nuestras fronteras⁸; aunque una vez más se haga de forma indirecta (WALKER, 2003: 375). Es por ello, por lo que desde la década de los noventa se ha institucionalizado una doble práctica consistente, por un lado, en la inclusión de una cláusula de respeto de los principios democráticos en los acuerdos comerciales; y, por otro, en la instauración de un diálogo político estructurado entre la UE y un importante número de terceros países. Ésta constituye un elemento esencial, no sólo de aplicación de los mismos, sino de garantía, vigilancia y denuncia ante posibles violaciones de derechos. Fue inscrita en la IV Convención de Lomé con los Estados ACP el 5 de diciembre de 1989⁹ y confirmada unos años más tarde con sesenta y siete países ACP en el Acuerdo de Cotonú (artículo 9), el 23 de junio de 2000. También en los acuerdos de cooperación con América Latina y en los de asociación euro mediterránea, que concluyeron con la Declaración de Barcelona, de 27 y 28 de noviembre de 1995, y que dieron comienzo al partenariado euro mediterráneo.

Con este fin, la UE ha adoptado dos iniciativas fundamentales e indispensables: la creación y aplicación de políticas europeas *ad hoc*, entre las que destaca la Política Europea de Vecindad (PEV) y la implementación de financiación específica para su desarrollo.

La PEV surge en el contexto de la ampliación de la UE de 2004. Su principal objetivo es evitar la aparición de líneas divisorias paralelas entre la UE ampliada y sus nuevos vecinos, -principalmente los de la cuenca mediterránea, junto a un conjunto de

⁸ En esta línea se expresa el Tratado CE, en su artículo 177.2, así como en el Tratado de Niza, que revalida esta tesis en los Apartados Primero y Segundo de su artículo 181.

⁹ En la III Convención de Lomé existe ya una referencia al respeto de los derechos humanos, reflejado en su Preámbulo, en base al principio establecido en la Carta de las Naciones Unidas. En la IV Convención, se da un paso adelante con la inclusión de este principio en su artículo 5, posteriormente modificado a través del Acuerdo de Mauritius de 4 de noviembre de 1995 -en su artículo 356 *bis*-.

antiguas repúblicas soviéticas-, consolidando la seguridad, la estabilidad y el bienestar común. Sobre esta base, desarrolla inicialmente los objetivos estratégicos establecidos en la Estrategia Europea de Seguridad. Se plasma por primera vez en la *Comunicación de la Comisión para una Europa más amplia*, [COM (2003) 104 final] de 11 marzo de 2003. A ésta le siguió un Documento Estratégico específico sobre Política Europea de Vecindad [COM (2004) 373 final], publicado un año después, el 12 de mayo de 2004¹⁰.

En cuanto a la segunda medida, a finales de los años noventa, el Consejo adopta dos Reglamentos que fijan el conjunto de aportaciones técnicas y financieras de la UE, con el fin de lograr el objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia, del Estado de Derecho y de las libertades fundamentales en terceros países a través de acciones de cooperación para el desarrollo¹¹. Entre las actuaciones relacionadas con los derechos de las minorías étnicas y nacionales susceptibles de recibir financiación, han destacado aquellas destinadas al apoyo de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, o a las poblaciones indígenas, las dirigidas a la superación de las divisiones entre grupos o etnias, o la resolución pacífica de controversias y la conciliación de intereses entre grupos diferenciados.

Estas medidas se han complementado con la creación de nuevas figuras o representantes institucionales, que sirven de nexo de unión entre todos ellos. También con actuaciones específicas entre las instituciones y los representantes de los

¹⁰ En él se plasman las líneas de actuación a seguir, a través de los planes de acción bilateral, que establecen una agenda de reformas políticas y económicas, con prioridades a corto y medio plazo, para lograr un mayor acercamiento a países europeos vecinos. En concreto con Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Egipto, Georgia, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Moldavia, Marruecos, Territorio palestino ocupado, Siria, Túnez y Ucrania, entre otros. Para más información consultar la página web de la Unión Europea sobre la PEV: http://ec.europa.eu/world/enp/policy_es.htm

¹¹ Éstos son el Reglamento (CEE) nº 975/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias de cooperación al desarrollo que contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho, así como el de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales [DOCE L 120/1 de 8.05.1999]), modificado por el Reglamento (CEE) nº 1882/2003 y por el Reglamento (CEE) nº 2240/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004; y el Reglamento (CEE) nº 976/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho; así como el de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en terceros países [DOCE L 120/8 de 8.05.1999]); modificado por el Reglamento (CEE) nº 907/2003 y por el Reglamento nº 2242/2004.

gobiernos y de la sociedad civil organizada para la defensa de los derechos de las minorías étnicas y nacionales. El primero consistió en la propuesta de creación de un *ombudsman* o defensor de las minorías¹². El segundo, en 2005, en el nombramiento de un representante personal para los derechos humanos adscrito al Alto representante de la PESC, con el objetivo de mejorar la coherencia y la continuidad de sus acciones políticas en esta materia.

Pese a la promoción de iniciativas específicas, en los últimos años la UE se ha centrado principalmente en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia internacional, el racismo y la xenofobia, la abolición de la pena de muerte y el apoyo a la Corte Penal Internacional. Todo ello no debe impedir que la Unión continúe participando activamente en todas aquellas iniciativas que favorezcan una aplicación de las normas internacionales más importantes a nivel europeo y mundial. Aunque, con este fin, seguiremos insistiendo en la necesidad de que la UE realice la promoción y vigilancia de estas políticas sobre todo -y fundamentalmente- en su interior, haciendo partícipes a cada uno de sus Estados miembros en los mismos términos que establece el artículo 6 del Tratado de Maastricht.

4.- Unas reflexiones finales

En definitiva, el problema de las minorías étnicas y nacionales en el contexto de la UE, y durante el proceso de ampliación, ha constituido un doble desafío. Por un lado, el que ha representado y representa la apertura de las fronteras de la Unión a nuevos Estados miembros, con un importante número de minorías nacionales presentes en sus territorios y cuyas posibles situaciones de discriminación o desigualdad habían de ser resueltas o, al menos, minorados como condición previa para la preadhesión de cada país candidato. Por otro lado, la necesidad de crear un clima de confianza en el seno de una Europa ampliada para que la problemática no se extendiese al conjunto de la Unión y generase nuevos conflictos.

¹² En este contexto, destaca especialmente la Comisión Parlamentaria de Derechos de las Minorías Nacionales y Étnicas de Hungría. Para más información, consultar la web de la Oficina del Comisionado para los Derechos Fundamentales de Hungría: http://www.ajbh.hu/en/web/ajbh-en/main_page. Sobre esta propuesta general, también resulta interesante la información contenida en la web de la Comisión Europea sobre desarrollo y cooperación "Europeaid" <http://ec.europa.eu/europeaid/node/22>

Sea como fuere, la UE ha afrontado con decisión este reto, aunque no siempre ha obtenido iguales resultados. Por un lado, y dentro del ámbito de la acción diplomática de la Unión, puede considerarse un éxito en el sentido en que ha supuesto una capacidad de atracción y transformación de los PECO sin precedentes en Europa, uniendo y equilibrando factores de gran asimetría entre países con una evolución histórica, política y económica muy diferente. En este contexto, el Pacto de Estabilidad para Europa ha promovido nuevas relaciones de buena vecindad y ha sido el precursor de avances legislativos recientes en materia de minorías nacionales, tanto en el marco del Derecho nacional de los países candidatos como en el del Derecho comunitario.

Por otro lado, en contrapartida la UE no ha sido capaz de afrontar y superar viejos conflictos existentes entre Estados miembros de la Unión: Grecia con las ex-Repúblicas yugoslavas de Macedonia, Albania y Turquía. Tampoco Austria, Suecia o Finlandia se unieron al Pacto de Estabilidad. En ese sentido, resulta bastante paradójico que la UE haya hecho tanto hincapié en el cumplimiento de los criterios de Copenhague por parte de los países candidatos (entre ellos el respeto de los derechos de las minorías) durante el proceso de ampliación de la Unión, y no haya sido más firme en la resolución de antiguos y anquilosados conflictos ya existentes entre antiguos miembros de la UE. Una tendencia que esperamos se invierta muy pronto.

De forma paralela, una vez analizados los diferentes modelos de protección en el contexto de la Unión, podemos concluir que éstos se caracterizan por su parcialidad y su ambigüedad. La parcialidad, por ejemplo, se visibiliza no sólo en el contexto en el que se aplica, sino también en el momento de su aplicación. Por ello, lo primero que llama la atención es que las cláusulas relativas al respeto de los derechos de las minorías nacionales sólo constituyen un requisito obligatorio aplicable, por un lado, a los países firmantes de acuerdos bilaterales o de asociación y a los candidatos oficiales a la ampliación. Y, por otro, especialmente, durante el proceso de asunción del acervo comunitario y el cumplimiento de los criterios de adhesión. Una vez que el acuerdo de asociación está rubricado o que los Estados candidatos pasan a ser miembros de pleno derecho de la Unión, son principalmente los propios gobiernos nacionales los encargados de velar por el cumplimiento de los derechos de las minorías nacionales.

Con este fin, las fórmulas utilizadas varían mucho de unos casos a otros a la hora de respetar y cumplir los principios establecidos en los textos internacionales y europeos sobre la materia. La UE, en este contexto, no cuenta con mecanismos de control específicos para este fin, ni tampoco suele interferir en estos procesos; salvo que se produzca una violación expresa de los derechos de las minorías.

Por otro lado, a la hora de velar por los derechos de las minorías nacionales, la UE se limita a enunciar el principio de no discriminación recogido en el artículo 14 de la *Convención Europea de los Derechos Humanos*¹³. Por otro lado, ni tan siquiera el artículo 6 del TUE, ni la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión* contienen referencias explícitas sobre la materia (DE WITTE, 2003: 238-240).

Lo deseable sería que estos compromisos y obligaciones se mantuviesen durante todo el proceso de negociación entre las partes y muy en especial una vez se han concluido las fases de negociación y se han firmado los acuerdos o Tratados de adhesión. Todos los actores -Estados miembros de la UE, países candidatos o terceros países con los que existen acuerdos de asociación, partenariado o cooperación- hemos de asumir como norma inexcusable el respeto y garantía de los derechos de las minorías étnicas y nacionales, homogeneizando instrumentos jurídicos regionales, nacionales y comunitarios y, sobre todo, cumpliendo y haciendo cumplir los ya existentes. Con este fin, y coincidiendo con la tesis de la profesora LA ROSA, también sería necesaria una interpretación más correcta del artículo 6 del TUE y un cumplimiento más estricto de las recomendaciones, dictámenes y comunicaciones de las principales instituciones de la UE; especialmente las últimas presentadas por el Parlamento Europeo y por la Comisión. Todo ello, evitaría que la cuestión de las minorías cobre mayores y más dramáticas dimensiones en forma de tensiones y conflictos que amenacen al “proyecto europeo” (2006: 81). Un proyecto de futuro en el que toda la ciudadanía europea, sin distinción, tengamos cabida.

¹³ El artículo 14 CEDH señala claramente que “*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, (...)*”.

Referencias bibliográficas

BENOÎT-ROHMER, Florence (1996). "La question minoritaire en Europe: vers un système cohérent de protection des minorités nationales". En *La question minoritaire en Europe. Textes et commentaire*, Council of Europe Publishing. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, p. 30-37.

DÁVILA FIGUEROA, Ruth (2008). "Minorías nacionales e integración de la Unión Europea. Aproximación teórico metodológica". *Revista de Investigación Social*, Año IV, nº 7, invierno de 2008, p. 16-36.

DE LUCAS MARTÍN, Javier (1999). "¿Qué significa tomar en serio los derechos de las minorías?". En *Cursos de Derechos Humanos en Donostia - San Sebastián*, Vol. 1. Bilbao: Universidad del País Vasco, p. 13-32.

DE WITTE, Bruno (2003). "The Impact of Enlargement on the Constitution of the EU". En CREMONA, Marise (Ed.): *The Enlargement of the European Union*, Oxford: Oxford University Press, p. 209-252.

HILLION, Christophe (2004). "The Copenhagen Criteria and Their Progeny". En HILLION, Christophe (Ed.): *EU Enlargement: A legal Approach*, Oxford: Hart Publishing, p. 1-22.

KATZ, David (2000). "Les 'Critères de Copenhague'". *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº. 440, p. 483 y ss.

LA ROSA, Rosanna (2006). "La Protezione delle Minoranze nel Consiglio d'Europa". En *Evoluzione e Prospettive della Protezione delle Minoranze nel Diritto Internazionale e nel Diritto Europeo*. Milán: Giuffrè Editores, p. 81.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. (2010). "Derechos humanos y minorías nacionales en el Siglo XX". *Derechos y Libertades*, nº 23, Época II, Junio 2010, p. 35-72.

WALKER, Neil (2003). "Constitutionalising Enlargement, Enlarging Constitutionalism". *European Law Journal*, nº 9/3, p. 365-385.

WEIß, Wolfgang (2005). "Eastern Enlargement and European Constitutionalisation". *Queen's papers on Europeanization*, nº 1, Belfast: Queen's University

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

Paula García Andrade

Profesora Colaboradora Asistente

Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Facultad de Derecho (ICADE)

Universidad Pontificia Comillas

Sumario:

- 1.- Introducción.
 - 2.- La configuración del principio de subsidiariedad y su posible aplicación a la acción exterior de la UE.
 - 3.- Las particularidades del ejercicio de competencias externas de la UE y sus efectos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad:
 - 3.1.- La confusión entre existencia y naturaleza de las competencias externas implícitas;
 - 3.2.- El criterio de necesidad;
 - 3.3.- El excesivo recurso a la figura de los acuerdos mixtos.
 - 4.- Conclusiones.
- Referencias bibliográficas.

Resumen en español

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE

A la hora de actuar en ámbitos pertenecientes a competencias no exclusivas, la Unión Europea está obligada a justificar la insuficiencia de la acción estatal, la mayor eficacia de la acción común y la dimensión o efectos de la acción pretendida a escala de la Unión, mostrando así el respeto por el principio de subsidiariedad, tal y como exige el art. 5.3 TUE.

Mientras la justificación de este principio se observa sistemáticamente en todos y cada uno de los actos legislativos que, en ámbitos de competencia compartida, adoptan las instituciones de la UE en el plano interno, no es posible sostener la misma afirmación por lo que respecta a las actuaciones de alcance internacional de la Unión. En efecto, las decisiones del Consejo por las que se autoriza la firma y conclusión, en nombre de la UE, de un acuerdo internacional con un tercer Estado u Organización internacional no suelen justificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en los casos en que tales decisiones implican el ejercicio de una competencia externa concurrente. La confusión entre existencia y naturaleza de las competencias externas implícitas, generada por la jurisprudencia inicial del TJUE en el asunto AETR; la interpretación del criterio de necesidad que sustenta la doctrina derivada de su también famoso Dictamen 1/76 y el recurso habitual a la figura de los acuerdos mixtos en ámbitos de competencia no exclusiva podrían hallarse en el origen de esta injustificada diferencia de tratamiento entre la acción interna y la acción externa de la Unión.

La presente comunicación pretende examinar en profundidad lo que parece constituir una patología, no resuelta hasta el momento, de las relaciones exteriores de la UE, a través del análisis de las reglas del Derecho Originario aplicables, de la jurisprudencia del TJUE en la materia y, por supuesto, de algunos ejemplos de la práctica convencional de la Unión en diversos ámbitos políticos.

Abstract in italiano

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'AZIONE ESTERNA DELL'UE

Quando opera in aree di competenza non esclusiva, l'UE è tenuta a giustificare l'insufficienza dell'azione statale, la maggiore efficacia dell'azione comune e le dimensioni o gli effetti dell'azione in questione a livello europeo, mostrando così il rispetto del principio di sussidiarietà, come previsto dall'art. 5.3 TUE.

Mentre la logica di questo principio è costantemente osservata nell'adozione di tutti e ciascuno degli atti legislativi che, in settori di competenza condivisa, le istituzioni dell'UE adottano sul piano interno, non è possibile sostenere lo stesso per quanto riguarda la azioni di portata internazionale dell'Unione. Infatti, le decisioni del Consiglio con

cui si autorizza la firma e la conclusione, a nome dell'Unione europea, di un accordo internazionale con uno Stato terzo o un'organizzazione internazionale di solito non rispettano il principio di sussidiarietà, nei casi in cui tali decisioni implicino l'esercizio di competenza concorrente estera. La confusione tra l'esistenza e la natura dei poteri impliciti esteri generati dalla giurisprudenza iniziale della Corte di giustizia nella causa AETS; l'interpretazione del criterio della necessità che sostiene la dottrina derivata dal suo altrettanto famoso parere 1/76 e l'abituale ricorso alla figura degli accordi misti nei settori di competenza non esclusiva potrebbe essere all'origine di questa differenza di trattamento ingiustificata tra azione interna ed estera dell'Unione.

Questo lavoro si propone di esaminare in modo approfondito quella che sembra essere una patologia, finora irrisolta, delle relazioni estere dell'UE, attraverso l'analisi del diritto primario applicabile, della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia e, naturalmente, di alcuni esempi della pratica convenzionale dell'UE in molti settori politici.

Abstract in English

THE SUBSIDIARITY PRINCIPLE IN EU EXTERNAL ACTION

The European Union may only intervene, in fields of non-exclusive competence, when the objectives of its action cannot be sufficiently achieved by Member States, but can rather be better achieved at Union level, by reason of the scale or effects of the envisaged action, thus showing the respect for the principle of subsidiarity, as required by art. 5.3 TEU.

While compliance with this principle is expressly justified in each and every legislative act adopted by EU institutions in areas of shared competence, it is not possible to hold the same assertion with regard to EU external action. Council decisions authorizing the signature and conclusion, on behalf of the EU, of an international agreement with a third country or international organization do not normally justify the respect for the principle of subsidiarity in cases in which those decisions constitute the exercise of shared external competences. Confusion between existence and nature of implied external competences, brought about by the initial ECJ case-law in ERTA; the interpretation of the necessity criterion at the basis of its Opinion 1/76, and the usual recourse to mixed agreements in fields of non-exclusive competence might be the source of this undue difference of treatment between internal and external EU action.

This paper aims to examine this apparent pathological condition of the external relations of the EU, through the analysis of pertinent rules of primary law, ECJ case-law on this subject, as well as some examples taken from the treaty practice of the EU in different policy fields.

1.- Introducción

A la hora de actuar en ámbitos pertenecientes a competencias no exclusivas, la Unión Europea está obligada a justificar la insuficiencia de la acción estatal, la mayor eficacia de la acción común y la dimensión o efectos de la acción pretendida a escala de la Unión, mostrando así el respeto por los criterios constitutivos del principio de subsidiariedad, tal y como exige el art. 5.3 TUE.

Mientras la justificación de este principio se observa sistemáticamente en todos y cada uno de los actos legislativos que, en ámbitos de competencia compartida, adoptan las instituciones de la UE en el plano interno –tanto en las propuestas de la Comisión como en los actos definitivos adoptados por el Parlamento europeo y el Consejo–, no es posible sostener la misma afirmación por lo que respecta a las actuaciones de alcance internacional de la Unión. En efecto, las decisiones del Consejo por las que se autoriza la firma y conclusión, en nombre de la UE, de un acuerdo internacional con un tercer Estado u Organización internacional no suelen justificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en los casos en que tales decisiones implican el ejercicio de una competencia externa no exclusiva¹.

La presente comunicación se propone, por consiguiente, examinar en profundidad lo que parece constituir una patología, no resuelta hasta el momento, de las relaciones exteriores de la UE, a través del análisis de las reglas del Derecho Originario aplicables, de la jurisprudencia del TJUE en la materia y de la práctica internacional de la Unión. De esta manera, podremos determinar si la no justificación del principio de subsidiariedad en la acción exterior europea responde a una incorrecta

¹Entre muchas otras, véanse, por ejemplo, la Decisión del Consejo nº 2014/252, de 14 de abril de 2014, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales, DO L 134 de 7.5.2014, p. 1 o la Decisión del Consejo nº 2012/472, de 26 de abril de 2012, relativa a la celebración del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la utilización y la transferencia de los registros de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, DO L 215 de 11.8.2012, p. 4. Las propuestas de la Comisión correspondientes a tales decisiones tampoco justificaban el cumplimiento del principio de subsidiariedad en estos ámbitos de competencia concurrente, como son la readmisión y la cooperación policial penal: COM (2012) 239 y COM (2011) 807, respectivamente. Por contra, hallamos, por ejemplo, una justificación de la subsidiariedad, aunque poco concreta, en la Propuesta de la Comisión de Decisión del Consejo relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Canadá por el que se instituye un marco de cooperación en materia de enseñanza superior, formación y juventud, COM (2006) 274, de 7.06.2006, apdo. 6.2.

actuación institucional o si, de lo contrario, dicho principio no ha de aplicarse en virtud de alguna particularidad propia de la actuación internacional de la UE.

A estos efectos, resultará necesario examinar los posibles obstáculos a la aplicación del principio de subsidiariedad a la acción exterior de la UE, en especial a una de las manifestaciones de su personalidad jurídica internacional consistente en la conclusión de acuerdos internacionales con Estados terceros o con otras Organizaciones Internacionales. Tales obstáculos podrían derivarse bien de la propia configuración del principio de subsidiariedad y su regulación en el Derecho Originario (2), bien de las particularidades que caracterizan al ejercicio de las competencias externas de la UE (3). Finalmente, presentaremos unas reflexiones finales en las que podamos concluir si este principio debe ser o no fiscalizado cuando la Unión hace uso de sus competencias en el plano internacional (4).

2. La configuración del principio de subsidiariedad y su posible aplicación a la acción exterior de la UE

La relevancia de la subsidiariedad como principio regulador del ejercicio de competencias por parte de la UE no necesita ser subrayada. Esta noción, implícita en el proceso de integración europea desde sus orígenes², fue consagrada en el Derecho Originario con la reforma de Maastricht y se presenta como el parámetro a tener en cuenta cada vez que la Unión se plantea ejercer sus competencias normativas de carácter no exclusivo³. Si bien lo habitual es identificar su dimensión negativa que obliga al poder supranacional a no intervenir allí donde la actuación estatal sea suficiente, tan importante resulta su dimensión positiva, por la que es obligado recurrir a la acción de la UE cuando los Estados miembros no sean capaces por sí solos de lograr la realización de los objetivos comunes⁴. La regulación del principio de

² LOUIS, 2009: 518, 520. Para un estudio de los antecedentes, presentación histórica y significado del principio de subsidiariedad, nos remitimos, entre otros muchos, a LOUIS, 2009 y BRIBOSIA, 1992.

³ Sin alterar, por tanto, la atribución de competencias. En la versión anterior del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se especificaba que "el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia".

⁴ BRIBOSIA, 1992: 166. Respecto de la acción exterior, véase BOURGEOIS, 1997: 89.

subsidiariedad, contenida actualmente en el art. 5.3 TUE⁵, exige demostrar la insuficiencia de la acción estatal, la mayor eficacia de la acción común⁶, así como la dimensión supranacional de la acción pretendida⁷. Como es sabido, estos criterios de suficiencia, eficacia comparativa y dimensión serán objeto de control, tanto político, a través del mecanismo de alerta temprana, como judicial, a través del recurso de anulación ante el TJUE⁸.

En línea con los objetivos del presente trabajo, el interés reside evidentemente en clarificar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. En principio, cabe afirmar que el art. 5.3 TUE está redactado de manera lo suficientemente general para que se entiendan incluidos los acuerdos internacionales, al emplear los términos "la Unión intervendrá"⁹. Ciertamente es que este precepto hace referencia, desde la reforma de Lisboa, a los niveles regional y local como parámetros a incluir en la valoración de la insuficiencia de la acción estatal¹⁰, pero no parece que tales términos puedan reducir la interpretación de la disposición al ejercicio del poder legislativo¹¹.

⁵ "En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión".

⁶ Nótese que se trata de una eficacia comparativa, vinculada a los criterios de suficiencia y dimensión supranacional del problema, evitando así que un criterio exclusivo de eficacia incline la balanza generalmente hacia el nivel de acción de la Unión. MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, 2014: 81; BRIBOSIA, 1992: 79-80.

⁷ Véase LOUIS, 2009: 521, 526.

⁸ Véanse, entre otros, LOUIS, 2009; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008. Véanse, por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/2001, *British American Tobacco*, Rec. 2002, p. I-11453, apdos. 173-185; Sentencia del TJ de 8 de junio de 2010, asunto C-58/08, *Vodafone*, Rec. 2010, p. I-4999, apdos. 72-80; Sentencia del TJ de 12 de mayo de 2011, asunto C-176/09, *Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento Europeo y Consejo*, Rec. 2011, p. I-3727, apdos. 76-84.

⁹ El art. 5.3 TUE exige la justificación de este principio "en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva". El art. 2 TFUE, precepto que explica la naturaleza de las competencias de la Unión, se refiere a las acciones de "legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes", por lo que ha de interpretarse igualmente en el sentido de abarcar tanto la actuación legislativa interna como la acción exterior de la UE.

¹⁰ "[...] los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local [...]", art. 5.3 TUE.

¹¹ Como señala MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, presenta "escasa relevancia para la Unión el que dentro del Estado en cuestión el ente llamado a ejercitar esa competencia [...] hubiera sido el nivel central, el regional o, en su caso, el local. Esa sería una cuestión interna de cada Estado" (2004: 105).

El Protocolo nº 2 relativo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad tampoco contiene, por su parte, referencia alguna a la acción exterior de la UE¹². Bien al contrario, si bien su versión original parecía lo bastante genérica en este sentido al aludir al ejercicio de competencias comunitarias o a acciones de la Comunidad¹³, el mismo Protocolo en la redacción aportada por la reforma de Lisboa se refiere en todo momento a "proyectos de actos legislativos"¹⁴. La Comisión, en los informes anuales que elabora sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹⁵, se limita también a un análisis de dichos principios en el marco del proceso legislativo¹⁶. Evidentemente, no podemos considerar como actos legislativos las decisiones relativas a la apertura de negociaciones y de firma y conclusión de acuerdos internacionales¹⁷.

La razón por la que el Protocolo nº 2 menciona únicamente los proyectos de actos legislativos puede residir en el hecho de que el Protocolo en cuestión, reformado por el Tratado de Lisboa, tiene por fin asegurar la participación de los Parlamentos nacionales en la fiscalización del principio de subsidiariedad¹⁸. En efecto, el acento en la reforma del Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad,

¹² Tampoco se halla ninguna referencia en otros documentos de relevancia para la aplicación del principio de subsidiariedad como las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Edimburgo, 11-12 de diciembre de 1992, y anexo 1 de la Parte A: "Enfoque general de la aplicación por el Consejo del principio de subsidiariedad y del artículo 3 B del Tratado de la Unión Europea" o el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad, 25 de octubre de 1993, DO C 329, de 6.12.1993, p. 135.

¹³ Protocolo nº 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, introducido por el Tratado de Ámsterdam de 1997.

¹⁴ Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo al Tratado de Lisboa. En el mismo sentido se expresa el Protocolo nº 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

¹⁵ Sobre la base de la obligación impuesta por el art. 9 del Protocolo nº 2. El informe deberá presentarse al Consejo Europeo, Parlamento Europeo, Consejo y Parlamentos nacionales y será también remitido al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

¹⁶ Véase, a título de ejemplo, Comisión Europea, "Informe Anual 2013 sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad", COM (2014) 506, de 5.08.2014.

¹⁷ Por una parte, el art. 218 TFUE por el que se regula el procedimiento de celebración de acuerdos internacionales no responde a los trámites del procedimiento legislativo ordinario (art. 294 TFUE) y, por otra, por su propia naturaleza jurídico-política, no puede ser tampoco considerado un procedimiento legislativo especial (art. 289.2 TFUE).

¹⁸ Véase Convención Europea, "Conclusiones del Grupo I sobre el principio de subsidiariedad", CONV 286/02, de 23.09.2002.

introducido por el Tratado de Ámsterdam, recayó en los aspectos procedimentales¹⁹, en el control de su respeto a través, fundamentalmente, del nuevo mecanismo de alerta temprana que permite a los Parlamentos nacionales ocuparse de la fiscalización política del respeto de la subsidiariedad.

Si los Parlamentos nacionales no siempre participan en el procedimiento de celebración de acuerdos internacionales en el plano estatal, entendemos que no habría razón para permitirles participar cuando sea la Unión quien celebre acuerdos internacionales (en contra, KADDOUS, 2010: 75). El control democrático de la acción internacional de la UE será asegurado, en este caso, por el Parlamento Europeo, cuya aprobación o consulta será exigida antes de la conclusión de acuerdos por parte de la Unión²⁰. Si la Unión vulnera el principio de subsidiariedad mediante la legislación propuesta, serán los Parlamentos nacionales los que se verán perjudicados directamente por cuanto que a éstos pertenecería la función legislativa en caso de corresponder el ejercicio de la competencia compartida a los Estados miembros. Por el contrario, la conducción de la acción exterior y, en particular, la celebración de acuerdos internacionales es una tarea constitucionalmente atribuida en esencia a los Ejecutivos, en la que la participación de los Parlamentos sólo se da en determinados tratados para cuya ratificación internacional es necesaria su previa autorización²¹. Por todo ello, resulta coherente que el mecanismo de alerta temprana se limite, en su aplicación, a los proyectos de actos legislativos sin extenderse al procedimiento de

¹⁹ Véase Louis, 2009: 525, 532.

²⁰ Art. 218.6 TFUE.

²¹ La inclusión de referencias expresas únicamente a los proyectos de actos legislativos por parte del Protocolo nº 2 no sólo supone obviar la acción exterior de la UE, sino también la adopción de actos no legislativos con base en competencias de ejecución de la Comisión o del Consejo. No parece, sin embargo, que pueda justificarse el no respeto del principio de subsidiariedad en la adopción de este tipo de actos, si bien habría sido positivo un mayor grado de claridad por parte del Derecho Originario. Véase al respecto HINOJOSA MARTÍNEZ, 2004: 807, nota 53. No obstante, cabría tener en cuenta también que, tanto en el caso de los actos delegados como en los actos de ejecución que puede adoptar, por regla general, la Comisión, son el Parlamento Europeo y el Consejo los que realizan dicha atribución de poderes en el acto legislativo de base. Será este último, por tanto, el que demuestre la necesidad de que la modificación de elementos no esenciales del acto no pase por el mismo procedimiento legislativo o justifique ya la necesidad de condiciones uniformes de ejecución.

celebración de acuerdos internacionales²². Eso no significa, sin embargo, que el control judicial *a posteriori* del principio de subsidiariedad no pueda llevarse a cabo por parte del TJUE, a través de un recurso de anulación de la decisión del Consejo relativa a la celebración del acuerdo internacional.

Por estas razones, podrá afirmarse que no hay obstáculo en el Derecho Originario para exigir que el ejercicio de competencias externas no exclusivas por parte de la UE sea conforme con el principio de subsidiariedad²³. Resulta necesario determinar entonces si las dificultades o impedimentos proceden de las características propias del ejercicio, por parte de la UE, de sus competencias externas.

3.- Las particularidades del ejercicio de competencias externas de la UE y sus efectos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad

Si la aplicación del principio de subsidiariedad, en virtud de la regulación que los Tratados contienen respecto del mismo, parece resultar exigible en relación con el ejercicio de competencias externas, es necesario analizar si los impedimentos para su exigencia proceden de las características propias de la acción exterior de la UE.

Uno de los requisitos para la aplicación del principio de subsidiariedad es que nos hallemos ante competencias no exclusivas de la Unión, como exige expresamente el art. 5.3 TUE. Por ello, es necesario confirmar que las competencias externas de la UE pueden ser compartidas o concurrentes con los poderes convencionales de los Estados miembros. A nuestro entender, las competencias externas de la Unión pueden ser clasificadas, en función de su naturaleza, en competencias exclusivas y no exclusivas²⁴. A su vez, la exclusividad exige distinguir entre la exclusividad originaria, derivada de la propia naturaleza de la materia²⁵, y la exclusividad derivada de la *preemption*,

²² En este sentido, véase DÍEZ-HOCHLEITNER, 2003: 75, quien valora positivamente que el mecanismo de alerta temprana no abarque los acuerdos internacionales, cuya celebración exige de procedimientos más ágiles.

²³ Véase, en este sentido, BRIBOSIA, 1992: nota 81 en p. 182, donde argumenta que debe evaluarse el ejercicio de competencias externas implícitas a la luz de la subsidiariedad.

²⁴ GARCÍA ANDRADE, 2014. Nuestra clasificación obedece a las peculiaridades de las competencias externas, las cuales justifican el planteamiento de ciertas sub-categorías respecto de la ordinaria categorización de las competencias internas en exclusivas, compartidas y de apoyo, que se deriva de los art. 2 y ss. TFUE.

²⁵ Es el caso de los ámbitos recogidos en el art. 3.1 TFUE.

consecuencia, por tanto, de la ocupación de terreno realizada por la Unión. Esta última requiere diferenciar entre la exclusividad *AETR*, fundamentada en la posible "afectación" de normas comunes internas adoptadas previamente por la UE y que excluye toda acción estatal futura en el ámbito en cuestión²⁶, y la exclusividad derivada del ejercicio de la competencia externa, basada también en el principio de cooperación leal pero que únicamente despoja a los Estados de sus poderes en la medida ocupada por la Unión en el plano internacional. Por su parte, las competencias externas no exclusivas podrán ser concurrentes o paralelas, descartando el Tratado los efectos de *preemption* de la actuación de la UE en éstas últimas.

En los casos en que la competencia externa de la Unión es exclusiva por naturaleza, resulta evidente que el ejercicio de la misma no dependerá de ninguna apreciación jurídica por parte de las instituciones europeas, debiendo únicamente acordar la oportunidad política de la acción. Lo mismo ocurre, en nuestra opinión, cuando nos hallamos ante una exclusividad *AETR*. Entendemos que esta categoría competencial constituye una exclusividad *a priori*, puesto que, antes de ejercer la competencia externa, la UE ya es consciente de su naturaleza exclusiva²⁷. Por ello, el análisis de la subsidiariedad no resulta exigible²⁸. Lo único que deberá justificar la Unión es la oportunidad política de su actuación, cuestión que no corresponde al jurista valorar.

Sin embargo, en los supuestos de competencias externas no exclusivas, parece claro que el ejercicio de dicha competencia deberá justificarse en el marco de la subsidiariedad, tal y como sucede en el caso de las competencias internas de carácter

²⁶ Exclusividad consagrada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, *Comisión c. Consejo (AETR)*, Rec. 1971, p. 263, apdo. 17, y asentada en jurisprudencia posterior, destacando, en particular, el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03, de 7 de febrero de 2006, Rec. 2006, p. I-1145.

²⁷ Ciertamente es que también cabe argumentar que se trata de una exclusividad por ejercicio, ya que es el ejercicio exhaustivo de la competencia interna el que provoca la exclusividad de la competencia externa. No obstante, creemos más conveniente valorar su naturaleza en el plano externo.

²⁸ Sorprende constatar cómo la Comisión no suele justificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad a la hora de ejercer competencias externas no exclusivas, pero sí se refiere en ocasiones a dicho principio para descartarlo cuando se trata de ejercer competencias exclusivas. Véase, por ejemplo, las propuestas de Decisión de celebración de los Protocolos de Palermo contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos, COM (2005) 503, de 17.10.2005, p. 4.

compartido²⁹. Así, la Unión tendrá que justificar que el acuerdo internacional es necesario y que puede alcanzar mejor el objetivo previsto que la acción bilateral de los Estados miembros (en este sentido, BOURGEOIS, 1997: 89; DASHWOOD, 1997: 96; HELIKOSKI, 2001: 40-41). La justificación procederá, además, tanto en el caso de competencias externas concurrentes como paralelas, siempre que estas últimas impliquen también el ejercicio de una competencia normativa por parte de la UE. Si se limitan a apoyar o complementar la acción estatal, podría argumentarse la no aplicación del principio de subsidiariedad como ocurriría también en el plano interno respecto de las competencias de apoyo³⁰. ¿Qué motivación puede entonces explicar que las instituciones de la UE no realicen dicha apreciación al ejercer competencias externas? En este sentido, procede analizar sucesivamente diversos argumentos que podrían ser presentados en contra de la aplicación del principio de subsidiariedad a la acción exterior de la UE, si bien cada uno de ellos puede ser también descartado.

3.1.- La confusión entre existencia y naturaleza de las competencias externas implícitas

En primer lugar, deberemos detenernos en examinar si la confusión entre la existencia y la naturaleza de las competencias externas implícitas se encuentra en el origen de esta aparentemente injustificada diferencia de tratamiento entre el ejercicio de las competencias internas y externas de la Unión. Dicha confusión, generada por la jurisprudencia inicial del TJUE en el asunto *AETR* y sustentada durante cierto tiempo por parte de la doctrina científica, hizo pensar que la entonces Comunidad Europea sólo gozaba de competencias externas de carácter exclusivo³¹. En efecto, parecía deducirse del asunto *AETR* que las competencias externas implícitas sólo podían ser exclusivas, dado que se generaba la impresión de que la afectación de normas internas

²⁹ Ciertamente es que la jurisprudencia del TJUE no exige una mención expresa al principio de subsidiariedad en los actos adoptados por las instituciones, pero sí requiere que se deduzca de su texto que se han cumplido los criterios que lo conforman. En este sentido, DÍEZ DE VELASCO & SOBRINO HEREDIA, 2003: 586. Véanse la Sentencia del TJCE de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo*, Rec. 2001, p. I-7079, apdo. 33; Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, asunto C-233/94, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo*, Rec. 1997, p. I-2405, apdo. 28.

³⁰ Pues el apoyo o complemento supranacional de las actuaciones estatales siempre cumpliría con el principio de subsidiariedad: BRIBOSIA, 1992.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, apdos. 16-17 y 30-31.

fundaba no sólo la exclusividad sino también la propia existencia de la competencia³². Sin embargo, resulta evidente que el criterio de "afectación" de normas internas justifica la exclusividad de la competencia externa, pero el Derecho Derivado no puede hacer nacer una competencia externa implícita cuya existencia no pueda deducirse del propio Derecho Originario (LOUIS, 2005: 72; CREMONA, 2008: 58-59). Será el efecto útil de este último, esto es, la necesidad o facilitación de la realización de los objetivos asignados a la UE por las disposiciones que le atribuyen una competencia interna, lo que permita afirmar la existencia de una competencia externa implícita.

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en asuntos posteriores, como el Dictamen 1/03 o la sentencia en el asunto *MOX*, aclaran que las competencias implícitas pueden ser bien exclusivas, bien compartidas³³. No obstante, cierto es que la codificación de la doctrina jurisprudencial de las competencias externas implícitas, operada por el Tratado de Lisboa, ha reavivado la mencionada confusión al replicar en términos casi idénticos algunos de los supuestos contemplados en el art. 216.1 TFUE relativos a la existencia de competencias externas, por una parte, y en el art. 3.2 TFUE respecto de las competencias externas exclusivas, por otra (DONY, 2009: 139)³⁴. Sin embargo, uno de los supuestos incluidos en el art. 216.1 no se repite en el art. 3.2 TFUE, aquel que consagra la doctrina general de la existencia de competencias implícitas fundada en la necesidad de la acción internacional para alcanzar los objetivos de los Tratados³⁵. Dicho supuesto, unido al art. 2.2 TFUE que, con carácter general, define las competencias compartidas (PASSOS & MARQUARDT, 2007: 894),

³² Para una clarificación al respecto, véase DASHWOOD y HELIKOSKI, 2000: 8-9.

³³ Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03, de 7 de febrero de 2006, apdos. 115-117; Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, apdos. 94-95.

³⁴ Conforme al art. 216.1 TFUE, "la Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas", mientras que el art. 3.2 TFUE indica que "la Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas".

³⁵ "la Unión podrá celebrar un acuerdo [...] cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados", art. 216.1 TFUE.

permite afirmar que las competencias externas de la Unión pueden no ser exclusivas. Habrán de recibir, por tanto, el mismo tratamiento que cualquier otro poder de tal naturaleza, incluida la necesidad de justificación del principio de subsidiariedad con carácter previo a su ejercicio.

3.2.- El criterio de necesidad

Un segundo argumento en contra de la aplicación del principio de subsidiariedad a la acción exterior de la UE se relaciona con la necesidad, criterio definitorio del principio de subsidiariedad que, a la vez, está muy presente en la configuración de toda la doctrina jurisprudencial de las competencias externas implícitas. Ahora bien, el sentido o la interpretación que haya de darse a este criterio de necesidad varían notablemente en uno y otro caso, por lo que procederá su apreciación por separado.

La necesidad entendida en el sentido de efecto útil de los Tratados fundamenta la existencia de competencias externas implícitas, pues éstas podrán ser deducidas del precepto que atribuya a la Unión una competencia interna para alcanzar un objetivo cuya realización se verá facilitada por la celebración de acuerdos internacionales³⁶. Además, la necesidad ha sido empleada también por el TJ como criterio reforzado en el seno de la que podemos denominar "doctrina del Dictamen 1/76"³⁷. Pese a ser presentada generalmente como un modo de exclusividad, en la interpretación que defendemos de esta doctrina (GARCÍA ANDRADE, 2014), la necesidad de la acción internacional respecto de la acción interna de la UE –entendida no como facilitación, sino como condición indispensable– permite justificar el ejercicio de competencias

³⁶ Véanse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, apdo. 27; Dictamen del Tribunal de Justicia 1/76, de 26 de abril de 1977, Rec. 1977, p. 741, apdo. 3 o el Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006, apdo. 114, así como el segundo supuesto previsto en el art. 216.1 TFUE.

³⁷ Iniciada con el Dictamen 1/76 del Tribunal de Justicia, pero fundamentalmente consagrada a partir de la interpretación que al mismo aportó el propio TJ en su jurisprudencia posterior. Véanse, por ejemplo, el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/94, de 15 de noviembre de 1994, Rec. 1994, p. I-5267, apdos. 83-86; Dictamen del Tribunal de Justicia 2/92, de 24 de marzo de 1995, Rec. 1995, p. I-521, apdo. 4 o Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006, apdo. 115. En este último, puede leerse que “por lo que respecta a una competencia exclusiva, el Tribunal de Justicia ha declarado que el supuesto contemplado en el dictamen 1/76, antes citado, es aquel en que la competencia interna únicamente puede ejercitarse adecuadamente al mismo tiempo que la competencia externa [...], de modo que la celebración del acuerdo internacional sea necesaria para realizar los objetivos del Tratado que no puedan alcanzarse mediante el establecimiento de normas autónomas”.

externas implícitas de carácter concurrente en ausencia de normas comunes internas susceptibles de verse afectadas en el sentido *AETR*³⁸. En este contexto, la necesidad se configura entonces como el único modo de realizar el objetivo asignado a la UE en la atribución de una competencia interna determinada. Por el contrario, la necesidad que está presente en la justificación del principio de subsidiariedad es la necesidad de la acción de la UE respecto de la acción estatal, la cual se revela insuficiente para alcanzar los objetivos del Tratado. Cuestión distinta es que la propia concepción de la subsidiariedad haya influido en la reconfiguración de la doctrina del TJ sobre las competencias externas implícitas y su alcance³⁹, introduciendo criterios restrictivos en su jurisprudencia de los años noventa tal y como se ejemplifica en el Dictamen 2/92, el Dictamen 1/94 o los asuntos de *cielos abiertos*⁴⁰.

Volviendo a los términos de la comparación del criterio de necesidad, éstos son, por tanto, bien diferentes: mientras en la doctrina de las competencias externas implícitas, la necesidad de la acción exterior de la UE –sea bien para justificar su existencia, bien para justificar su ejercicio– es evaluada respecto de la acción interna de la propia Unión, la necesidad en el marco de la subsidiariedad opone la acción supranacional a la acción estatal. Son criterios diferentes que, en el caso de las competencias externas implícitas, deberán ser cumplidos cumulativamente. Dado que la primera acepción del criterio de necesidad no conlleva necesariamente la segunda (parcialmente en contra, NEFRAMI, 2007: 102 y MARTINACHE, 1998: 63), hemos de concluir que, a la hora de ejercer una competencia externa no exclusiva, la UE deberá justificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, esto es, que su actuación es necesaria respecto de la acción estatal. Si además esa competencia externa es implícita, la Unión deberá probar, para ejercerla, que es el único modo de realizar el objetivo de la competencia interna atribuida en la línea de la interpretación que defendemos de la "doctrina del Dictamen 1/76". En este sentido, CREMONA afirma que

³⁸ En un sentido similar al que defendemos, véase EECKHOUT, 2011: 79-81.

³⁹ Para Martinache, no se producía una aplicación literal del antiguo art. 3B, párrafo 2, TUE en materia de relaciones exteriores, pero entiende que la subsidiariedad estaba presente en la inspiración que orienta las soluciones del TJ y en la puesta en práctica de dichas soluciones: MARTINACHE, 1998: 62 y 64.

⁴⁰ Véase la jurisprudencia citada *supra* nota 37. Respecto de los asuntos de *cielos abiertos*, citamos, por todos, la Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-476/98, *Comisión c. Alemania*, Rec. 2002, p. I-9855, apdos. 83-87.

"if an international agreement is envisaged, it needs to be shown that neither autonomous EC action nor bilateral Member State action will fulfill the relevant *objectifs*" (2011: 84), admitiendo así la obligación de justificar ambos parámetros: la necesidad y la subsidiariedad. Por nuestra parte, suscribimos esta última consideración, dado que el carácter indispensable del ejercicio de la competencia externa implícita respecto del ejercicio de una competencia interna de la UE no supone necesariamente que la acción de los Estados miembros no sea suficiente⁴¹.

3.3.- El excesivo recurso a la figura de los acuerdos mixtos

Un último argumento susceptible de ser empleado para negar la aplicabilidad del principio de subsidiariedad a la acción exterior de la UE podría provenir de la creencia en la obligatoriedad de los acuerdos mixtos en ámbitos en que la competencia externa de la UE no es exclusiva. Ciertamente, los Estados miembros suelen abusar del recurso a este tipo de acuerdos en que son Partes conjuntamente con la UE frente a uno o varios Estados terceros (ROSAS, 1998: 147), una práctica que parece haber sido bendecida por la jurisprudencia favorable del TJUE al respecto⁴².

Cuando la Unión celebra un acuerdo junto a sus Estados miembros, esto es, un acuerdo mixto, resulta evidente que el cumplimiento de los requisitos de la subsidiariedad no será exigible. Al participar en un acuerdo mixto, la Unión sólo ejerce sus competencias externas de carácter exclusivo, mientras que los Estados miembros, en tanto que Partes autónomas en el acuerdo, ejercitan sus propios poderes en relación con las restantes materias cubiertas por el acuerdo, incluyendo aquellas no exclusivas de la Unión (GARCÍA ANDRADE, 2014; HELIKOSKI, 2007: 46-47). Una de las razones por las que éstos insisten en participar es precisamente evitar que la actuación internacional de la UE tenga efectos de *preemption* sobre los poderes estatales.

Dado que los acuerdos mixtos limitan, por tanto, el ejercicio de los poderes de la Unión y teniendo en cuenta las complicaciones que se derivan de ellos, resulta

⁴¹ Aunque la Prof^a. CREMONA no comparta nuestra visión del criterio de necesidad reforzado derivado del Dictamen 1/76 como criterio de ejercicio de competencias externas implícitas de carácter concurrente.

⁴² Véanse nuestras críticas en GARCÍA ANDRADE (2014). Asimismo, MARTINACHE (1998: 65) considera que la inspiración de la subsidiariedad puede también explicar la jurisprudencia del TJ en favor de los acuerdos mixtos.

importante exigir que el recurso a esta figura se limite únicamente a aquellos casos en que sea jurídicamente obligatorio. Sin embargo, como hemos visto, la UE puede ejercer también sus competencias externas no exclusivas en solitario sin que la figura del acuerdo mixto resulte obligatoria o jurídicamente necesaria (HELIKOSKI, 2007: 42; EECKHOUT, 2011: 216-217)⁴³. Las competencias concurrentes pueden ser ejercidas por la Unión, en línea con lo defendido en páginas anteriores: si se trata de una competencia expresa, la Unión habrá de probar que su ejercicio cumple con los requisitos del principio de subsidiariedad, mientras que, si nos hallamos ante una competencia externa implícita, será necesario justificar la necesidad de la acción exterior de la Unión tanto en relación con el ejercicio de sus competencias internas como en relación con la acción estatal.

La práctica internacional de la UE permite observar, en efecto, que es posible celebrar acuerdos internacionales con países terceros por los que la Unión ejerce en solitario sus competencias externas de carácter no exclusivo. Es el caso, por ejemplo, de la totalidad de los acuerdos celebrados por la UE con terceros países sobre readmisión de inmigrantes en situación irregular⁴⁴, de ciertos acuerdos concluidos en materia de medio ambiente⁴⁵, o en el ámbito de la cooperación judicial y policial

⁴³ De hecho, la insistencia de los Estados miembros en concluir acuerdos mixtos por la simple razón de que la UE carece de competencia exclusiva explica por qué hallamos pocos acuerdos celebrados en solitario por la UE en ámbitos de competencia no exclusiva.

⁴⁴ Véanse, por ejemplo, la Decisión del Consejo nº 2014/252, de 14 de abril, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales, DO L 134 de 7.5.2014, p. 1; Decisión del Consejo nº 2011/118, de 18 de enero, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal, DO L 52 de 25.2.2011, p. 45 o la Decisión del Consejo nº 2010/649, de 7 de octubre, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre la readmisión de personas que residan sin autorización, DO L 287 de 4.11.2010, p. 50. La competencia externa en materia de readmisión, de carácter implícito hasta la reforma de Lisboa, se fundamenta ahora en el art. 79.3 TFUE.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, la Decisión del Consejo nº 96/191, de 26 de febrero de 1996, relativa a la celebración del Convenio para la protección de los Alpes (Convenio de los Alpes), DO L 61, de 12.03.1996, p. 31; la Decisión del Consejo nº 2005/923, de 2 de diciembre, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Protocolo sobre la protección de los suelos, del Protocolo sobre la energía y del Protocolo sobre el turismo, del Convenio de los Alpes, DO L 337, de 22.12.2005, p. 27 o la Decisión del Consejo nº 2000/706, de 7 de noviembre, sobre la conclusión en nombre de la Comunidad del Convenio sobre la protección del Rin, DO L 289, de 16.11.2000, p. 30. Las competencias externas en materia de medio ambiente derivan de los art. 191 y 192 TFUE. A pesar de tratarse de una competencia concurrente, en la mayor parte de los casos, los acuerdos medioambientales son acuerdos mixtos.

penal⁴⁶, materias de competencia concurrente. También los acuerdos que celebra la UE sobre cooperación al desarrollo, ámbito de competencia paralela, demuestran dicha posibilidad de ejercicio en solitario⁴⁷. De ello se deriva que la UE deberá justificar que su actuación cumple con las exigencias que el principio de subsidiariedad impone cada vez que ejerza, en solitario, sus competencias externas no exclusivas, exigencia que, sin embargo, no respeta en la práctica⁴⁸.

Así estamos en condiciones de concluir que ninguna de las particularidades que rodean al ejercicio de las competencias externas de la UE en relación con sus competencias internas permite considerar que la acción exterior deba escapar al control de este principio clave del sistema competencial de la UE.

4.- Conclusiones.

Desde su consagración oficial en el Tratado de Maastricht, la subsidiariedad se configura como un principio rector del ejercicio de competencias no exclusivas atribuidas a la Unión y se erige, por tanto, en un principio clave del reparto de poder entre ésta y sus Estados miembros. Por consiguiente, resulta difícil justificar su no aplicación a la acción exterior de la UE, manifestación de su personalidad jurídica

⁴⁶ Véase el ejemplo citado al inicio: la Decisión del Consejo nº 2012/472, de 26 de abril de 2012, relativa a la celebración del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la utilización y la transferencia de los registros de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, y el correspondiente Acuerdo, DO L 215 de 11.8.2012, p. 4.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, la Decisión del Consejo nº 2001/332, de 26 de febrero, relativa a la celebración del Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y la República Popular de Bangladesh sobre colaboración y desarrollo, DO L 118, de 27.04.2001, p. 47. La competencia externa de la UE en materia de cooperación al desarrollo deriva del art. 209 TFUE.

⁴⁸ Ahora bien, resulta interesante hacer notar que al menos la configuración política de la acción exterior de la UE en los ámbitos de Justicia e Interior parece tener en cuenta las consideraciones que subyacen al principio de subsidiariedad. Así, el Consejo especifica que, a la hora de establecer las prioridades de la actuación exterior de la Unión en el espacio de libertad, seguridad y justicia, resulta necesario que la acción europea ofrezca un valor añadido respecto de la actuación de los Estados miembros, concepto que es puesto directamente en relación con el principio de subsidiariedad (Consejo, "Prioridades y objetivos de la Unión Europea para las relaciones exteriores en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior", doc. nº 7653/00, de 6.06.2000, p. 6, presentado al Consejo Europeo de Feira, junio 2000). Dentro de este ámbito político, se emplea también el concepto de valor añadido de la acción supranacional como un criterio a tener en cuenta a la hora de determinar los terceros países con los que celebrar un acuerdo de readmisión. Véanse las Conclusiones del Consejo "Criterios para la determinación de los países terceros con los que deben negociarse nuevos acuerdos de readmisión", doc. nº 7990/02, 16.04.2002, p. 3. Al usarlo como criterio de selección de países con quienes firmar un acuerdo de readmisión, el valor añadido puede equipararse a la justificación del principio de subsidiariedad en el momento de ejercer esta competencia externa en cada caso concreto.

internacional cuya relevancia política se viene situando al mismo nivel que su acción legislativa.

Del análisis acometido en este trabajo, se infiere que nos hallamos ante una incorrecta actuación institucional, pues, por una parte, la esencia del principio de subsidiariedad y su regulación en el Derecho Originario no permiten excluir de su alcance al ejercicio de competencias normativas externas. Si bien el Protocolo anejo a los Tratados sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se centra en la fiscalización de los proyectos de actos legislativos, hemos podido comprobar que ello se debe al acento puesto por el Protocolo en especificar los mecanismos de control de la subsidiariedad y, especialmente, a la participación en ellos de los Parlamentos nacionales, a los cuales no resulta necesario asociar a la fiscalización de la celebración de acuerdos internacionales por parte de la UE. La regulación de la subsidiariedad contenida en el art. 5.3 TUE es lo suficientemente general como para entender comprendida en su ámbito de aplicación a la acción exterior de la Unión.

Por otra parte, el estudio de ciertas particularidades que caracterizan al ejercicio de las competencias externas de la UE por oposición a sus competencias internas tampoco hace posible concluir que se justifique la no aplicación del principio de subsidiariedad a la actuación convencional de la Unión. Así, en primer lugar, cabe afirmar que las competencias externas de la UE, tanto expresas como implícitas, pueden ser de carácter exclusivo o no exclusivo, debiendo especificarse, a la hora de ejercer estas últimas, que la acción estatal resulta insuficiente y que la acción supranacional será más eficaz para la realización de los objetivos perseguidos en virtud de la dimensión europea de la actuación o de sus efectos. En segundo lugar, si bien la necesidad se configura como un criterio central tanto en la aplicación de la doctrina de las competencias externas implícitas como en la justificación de la subsidiariedad, los parámetros de la comparación de dicho criterio difieren. Si para la primera la necesidad ha de probarse en relación con la acción interna de la Unión, la necesidad en el marco de la segunda opone la acción supranacional a la acción estatal, por lo que resulta obligado probar que se cumplen ambos criterios cumulativamente antes de

ejercer una competencia externa implícita de carácter no exclusivo. Por último, la constatación de que el recurso a la figura del acuerdo mixto en ámbitos de competencia no exclusiva no resulta jurídicamente obligatorio nos permite confirmar que la UE puede ejercer dichas competencias en solitario, mediante la firma de un “acuerdo puro” que deberá justificar el respeto del principio de subsidiariedad.

El mantenimiento de esta patología del Derecho de las relaciones exteriores de la UE constituye, en definitiva, una infracción de uno de los principios rectores del sistema de competencias en la Unión y, por tanto, una vulneración del Derecho Originario que es necesario remediar. Para ser creíble, eficaz y coherente, la acción internacional de la UE necesita demostrar, también frente a sus propios Estados miembros, que se somete a las mismas exigencias jurídicas que el resto de las actuaciones supranacionales.

Referencias bibliográficas

BRIBOSIA, H. (1992). "Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres. Commentaire sur l'article 3B du traité de Maastricht". *Revue du Marché Unique Européen*, nº 4, pp. 165-188.

BOURGEOIS, J.H.J. (1997). "Mixed agreements: a new approach?". En Bourgeois, Dewost, Gaiffe (coord.), *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Bruges: Collège d'Europe, pp. 83-91.

CREMONA, M. (2008). "Defining competence in EU external relations: lessons from the Treaty reform process". En Dashwood, Maresceau (ed.), *Law and Practice of EU External Relations, Salient Features of a Changing Landscape*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 34-69.

CREMONA, M. (2011). "EU External Action in the JHA Domain. A Legal Perspective". En Cremona, Monar, Poli (eds.), *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*. College of Europe Studies. Bruxelles: Peter Lang, pp. 77-118.

- DASHWOOD, A. (1997). "Why continue to have mixed agreements at all?". En Bourgeois, Dewost, Gaiffe (coord.), *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Bruges: Collège d'Europe, pp. 93-99.
- DASHWOOD, A. y HELIKOSKI, J. (2000). "The classic authorities revisited". En Dashwood, Hillion (ed.) *The General Law of E.C. External Relations*. London: Sweet&Maxwell, pp. 3-19.
- DÍEZ DE VELASCO, M., SOBRINO HEREDIA, J.M. (2003). "El control jurisdiccional del principio de subsidiariedad en la Unión Europea". En Colneric [et al.], *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Berlin: BWV, pp. 581-589.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. (2003). "El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención". En Liñán Noguerras (dir.), López-Jurado (coord.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*. Granada: Universidad de Granada, pp. 27-81.
- DONY, M. (2009) "The EU's external relations and their evolving legal framework". En Telò (ed.), *The European Union and Global Governance*. London: Routledge, pp. 131-156.
- EECKHOUT, E. (2011). *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed.
- GARCÍA ANDRADE, P. (2014). *La acción exterior de la Unión Europea: un problema de reparto de competencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HELIKOSKI, J. (2001). *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*. The Hague: Kluwer Law International.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. (2004). « La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades ». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, nº 19, pp. 787-827.

KADDOUS, C. (2010). "Un nouveau cadre pour la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice". En Kaddous, Dony (eds.), *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*. Bruxelles: Bruylant, pp. 61-79.

LOUIS, J.-V. (2005). "La compétence de la CE de conclure des accords internationaux". En Louis, Dony (dir.), *Relations Extérieures, Commentaire J. Mégret. Le Droit de la CE et de l'Union Européenne, vol. 12*. Bruxelles: Éd. de l'Université de Bruxelles, pp.57-75.

LOUIS, J.-V. (2009). "Las competencias de la Unión Europea (II)". En Beneyto Pérez (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo I. Navarra: Aranzadi, pp. 487-569.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2004). "El nuevo sistema de competencias en el proyecto de Constitución Europea". *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 30, pp. 75-114.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008). "La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad". En Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel, pp. 273-294.

MARTINACHE, A. (1998). "Une application de la subsidiarité: la Cour de Justice et les compétences externes". *Revue des Affaires Européennes*, nº 1/2, pp. 62-66.

NEFRAMI, E. (2007). *Les accords mixtes de la Communauté Européenne: aspects communautaires et internationaux*. Bruxelles: Bruylant.

PASSOS, R. y MARQUARDT, S. (2007). "International Agreements – Competences, Procedures and Judicial Control". En Amato, Bribosia, De Witte, *Genesis and Destiny of the European Constitution, Commentary on the Treaty establishing a Constitution for Europe in the light of the travaux préparatoires and future prospects*. Brussels: Bruylant, pp. 875-915.

ROSAS, A. (1998). "Mixed Union - Mixed Agreements". En Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*. The Hague: Kluwer Law International, pp. 125-148.

**B) GOBIERNO DE LA ECONOMÍA Y
SOSTENIBILIDAD FINANCIERA**

**B) GOVERNO DELL'ECONOMIA E
SOSTENIBILITÀ FINANZIARIA**

IL PRINCIPIO DI CONDIZIONALITÀ NELLA CRISI DELL'ORDINE DI MAASTRICHT

Federico Losurdo*

*Visiting professor
Departamento de Direito
Universidade Federal do Maranhão*

Sommario:

- 1.- I pilastri dell'ordine di Maastricht
- 2.- La codificazione del principio di condizionalità.
- 3.- L'interpretazione dei custodi del processo d'integrazione.
- 4.- La solidarietà finanziaria condizionata.
- 5.- Stati creditori vs Stati debitori nel diritto della crisi.

Riferimenti bibliografici.

* Già assegnista di ricerca in *Diritto costituzionale* presso l'Università di Urbino Carlo Bo.

Abstract in italiano

Per lungo tempo il principio di condizionalità ha regolato i rapporti con gli Stati terzi nell'ambito della politica di cooperazione allo sviluppo o in relazione al processo di adesione all'Unione. Oggi il principio, emancipandosi dalla sua origine internazionalistica, regola anche i rapporti interni all'Eurozona (secondo una prassi sperimentata dal Fmi) e sta diventando la 'stella polare' della nuova governance europea. A partire dalla crisi dei debiti sovrani la concessione di un sostegno finanziario agli Stati dell'Eurozona è stata, infatti, condizionata all'implementazione di un piano negoziato, incentrato sulla 'coppia magica' austerità e riforme strutturali. Codificato con il MES (e, ancor prima, con la modifica dell'art. 136 del TFUE), la valenza strutturale del principio di stretta condizionalità è stata legittimata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del *Bundesverfassungsgericht*. Al contrario, altri tribunali costituzionali hanno provato a difendere il nucleo sociale dei propri ordinamenti invocando come "contro-limite" il principio "europeo" di proporzionalità. A subire una profonda distorsione è, in ogni caso, la solidarietà tra gli Stati membri. Dietro la formula apparentemente neutra della condizionalità si cela, infatti, un'idea di integrazione sovranazionale assai distante da quella originaria dell'"Unione sempre più stretta dei popoli europei". Una solidarietà declinata nella logica dello scambio asimmetrico tra aiuti e riforme strutturali che rischia di mettere in ombra la partecipazione ad un destino comune. La pretesa di rinsaldare l'unità europea attraverso rigidi meccanismi di solidarietà condizionata all'austerità e alle riforme strutturali si è rilevata, peraltro, illusoria. La nuova governance economica europea ha infatti ampliato a dismisura le asimmetrie politico-costituzionali ed economiche sociali tra Stati creditori e Stati debitori.

Resumen en español

Durante mucho tiempo el principio de condicionalidad ha regulado las relaciones con terceros países en el campo de la política de cooperación al desarrollo, o en relación con el proceso de adhesión a la Unión. Hoy en día el principio, independizado de su origen internacionalista, también regula las relaciones dentro de la eurozona (según una práctica experimentada por el FMI), convirtiéndose en la "estrella polar" de la nueva gobernanza Europea. Desde la crisis de deuda soberana la concesión de ayuda financiera a Estados de la eurozona ha estado, en la práctica condicionada a la existencia de acuerdos centrado en la "fórmula mágica" de austeridad y reformas estructurales. Codificados con el MES (y antes de eso, mediante la modificación del artículo 136 del TFUE), la importancia estructural del principio de condicionalidad estricta fue legitimada por la jurisprudencia del propio TJUE la del

Bundesverfassungsgericht. Por el contrario, otros tribunales constitucionales han tratado de defender su sistema social invocando como contra-límite el principio “europeo” de proporcionalidad. Detrás de la aparente neutralidad de la forma de la condicionalidad reside, realmente, una idea de solidaridad bien diferente de la que ha guiado en su origen “la unión más estrecha de los pueblos europeos”. Una solidaridad desarrollada en la lógica de un intercambio asimétrico entre la ayuda y las reformas estructurales que amenaza con eclipsar la participación en un fin común. También es ilusorio pretender reforzar la unidad europea a través de mecanismos de solidaridad condicionados a duras medidas de austeridad y reformas estructurales. La nueva gobernanza económica europea ha ampliado dramáticamente las asimetrías político- constitucionales y socio-económicas entre Estados acreedores y deudores.

Abstract in English

Until now the “principle of conditionality” had ruled, mainly, the Union’s relations with third countries, under the policy of development and cooperation or in relation to the accession process to the European Union. Today, in the midst of the economic crisis, the principle of conditionality guides, also, the relations within the Union, in the framework of the new European economic governance. From the early stages of the “sovereign debt crisis”, the granting of financial support for ‘peripheral countries’ was conditioned to the adoption of a plan focused on austerity and structural reforms. The principle of “strict conditionality” was ‘codified’ in the amended art. 136 TFEU and in the Treaty establishing the ESM. The case law of the European Court of Justice and of the *Bundesverfassungsgericht* confirmed the structural importance of the principle, while other constitutional courts try to defend the social core of their legal systems, by invoking the European principle of proportionality. Behind the apparently neutral formula of conditionality lies, in fact, an idea of solidarity well different from that which has so far led the “ever closer union among the Peoples of Europe”: a solidarity declined in the logic of an asymmetrical exchange between financial aid and structural reforms. The pretense to strengthen European unity through rigid mechanisms of solidarity conditioned by austerity and structural reforms has been, however, illusory. On the contrary, the new European economic governance has expanded dramatically the constitutional, social and economic asymmetries between the creditor countries and debtor countries.

1.- Introduzione. I pilastri dell'ordine di Maastricht

Stabilità finanziaria e riforme strutturali sono diventate *l'Alfa e l'Omega* dell'ordine economico europeo, e, di riflesso, un postulato indiscutibile delle politiche macroeconomiche di Parlamenti e Governi nazionali, nonché la condizione imprescindibile per la concessione di qualsiasi solidarietà finanziaria da parte degli Stati creditori agli Stati debitori (FITOUSSI, 2013; STREEK, 2013).

Le tappe che hanno contraddistinto l'irresistibile ascesa della coppia stabilità finanziaria/riforme strutturali a *'Grundnorm'* della costituzione economico-finanziaria dell'Unione sono largamente note: trattati europei, atti di rango derivato, fonti del diritto internazionale, revisioni delle costituzioni nazionali e memorabili sentenze di alcuni Tribunali costituzionali.

L'originario nucleo normativo della costituzione economica europea è contenuto nel Trattato di Maastricht del 1993. Esso, in primo luogo, ha posto al vertice dei valori dell'ordinamento sovranazionale la stabilità monetaria, attribuendone l'esclusiva custodia alla Banca centrale europea (BCE) che, solo subordinatamente a questo vincolo antinflazionistico, è autorizzata a sostenere le "politiche economiche generali dell'Unione" (art. 127 TFUE). In secondo luogo, il Trattato ha introdotto il vincolo delle "finanze pubbliche sane" (art. 119 TFUE); un vincolo volto ad orientare il processo di bilancio degli Stati della zona euro tramite la regola che prescrive che il debito pubblico di ciascun paese non può superare il 60% del Pil e il deficit annuale il 3% (Luciani, 2013).

Il secondo nucleo normativo è contenuto nei regolamenti nn. 1466 e 1467 del 1997 (il c.d. patto di stabilità e crescita) che hanno introdotto la regola del saldo di bilancio in pareggio. È un vincolo fiscale ulteriore rispetto a quelli sanciti dal Trattato di Maastricht, un'innovazione che costituisce una vera e propria integrazione del diritto comunitario primario e che anticipa la successiva costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio.

Il terzo nucleo normativo è quello che è venuto consolidandosi per fronteggiare la "crisi dei debiti sovrani". L'Unione ha, per un verso, federalizzato il controllo della spesa con il Fiscal compact (SCACCIA, 2013) e, per altro verso, con il Trattato istitutivo

del Meccanismo europeo di stabilità (MES) ha implementato meccanismi di perequazione rigidamente improntati al *principio di "stretta condizionalità"*: l'assistenza finanziaria prevede, infatti, quale 'corrispettivo contrattuale' misure di severa austerità e riforme strutturali.

L'irrisolta crisi greca, la manifestazione più eclatante delle lacerazioni tra Stati creditori e Stati debitori nello spazio europeo, sta scuotendo dalle fondamenta i pilastri dell'ordine costituzionale di Maastricht. Emergono i limiti intrinseci di una governance economica incentrata su istituzioni di impianto prevalentemente tecnocratico che operano al riparo dal controllo democratico e giurisdizionale e che, in nome dell'emergenza, danno forma a procedure legislative, amministrative e prassi in aperta violazione della stessa "rule of law" comunitaria (MANGIAMELI, 2015).

2.- La codificazione del principio di condizionalità

Il timore per la "stabilità finanziaria dell'eurozona nel suo complesso" e la connessa esigenza di 'rassicurare' i mercati circa la capacità dei singoli Stati di onorare alla scadenza il rimborso dei titoli del debito pubblico¹ (PITRUZZELLA, 2013) sono stati le ragioni di fondo che hanno giustificato la creazione di una sorta di "fondo monetario europeo", costruito ad immagine e somiglianza del Fondo monetario internazionale (FMI).

Il tradizionale "*Washington Consensus*", sulla base del quale la concessione di aiuti finanziari del FMI e della Banca Mondiale è rigidamente condizionata all'implementazione da parte dello Stato assistito di vaste misure di "aggiustamento strutturale" (Ronchetti, 2007: 19 ss.; Giannelli, 2013: 338 ss.), è stato replicato nell'Unione da un inedito "*Bruxelles Consensus*", incentrato su un "principio di stretta condizionalità" (GIOVANNELLI, 2013).

La concessione di varie forme di assistenza finanziaria agli Stati debitori è, infatti, assoggettata alla condizione sospensiva dell'adozione di misure di austerità e di riforme strutturali, sotto l'attenta vigilanza 'tecnica' della *troika* (un organismo ibrido e

¹ La revisione dell'art. 135 della Costituzione spagnola sancisce, ad esempio, il privilegio assoluto dei crediti legati al pagamento del capitale e degli interessi del debito pubblico.

di dubbia legalità comunitaria composto dalla Commissione, dalla BCE e dal FMI)². La tradizionale accezione *'debole'* di condizionalità, che l'Unione europea si era abituata ad imporre a Stati terzi per ragioni umanitarie e nell'ambito del processo di allargamento (ANGIOI, 2006), è qui sostituita da un'accezione *'forte'* di condizionalità che può giungere ad una radicale cessione di sovranità politica degli Stati assistiti, ridotti a *"zero choices democracies"*.

Nell'iniziale fase emergenziale questi meccanismi di stabilità sono stati congegnati al prezzo di un grado notevole di sperimentazione giuridica (spesso ai confini del diritto scritto) (CHITI, 2013). Si pensi al caso del primo pacchetto di salvataggio della Grecia, incentrato su prestiti bilaterali sulla base di una decisione *sui generis* del'Eurogruppo³. Oppure alla successiva decisione del Consiglio Ecofin straordinario⁴, volta ad istituire il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF), ricorrendo alla base giuridica dell'art. 122 TFUE: una disposizione che, in deroga al principio del divieto di salvataggio (art. 125 TFUE), consente all'Unione di prestare assistenza finanziaria ad uno Stato membro che "sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di circostanze eccezionali che *sfuggano al suo controllo*"⁵. O ancora alla decisione, nello stesso Consiglio Ecofin, di affiancare al MESF (la cui portata era relativamente limitata: 60 miliardi di euro) il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF): un'inedita società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese che acquisiva la sua capacità finanziaria direttamente sui mercati (con una capacità totale pari a 780 miliardi di euro).

Per cercare di ricondurre nel quadro della legalità comunitaria questa articolata strumentazione giuridica, si è poi deciso, in forza della procedura di revisione

² Il Parlamento europeo, nella *Indagine sul ruolo e le attività della troika relativamente ai paesi dell'area dell'euro oggetto di programmi* (2013/2277(INI)), ha rimarcato come "il mandato della troika sia poco chiaro e carente sotto il profilo della trasparenza e del controllo democratico", tanto più che è assente "un fondamento giuridico adeguato sulla base del diritto primario dell'Unione".

³ Eurogruppo 2 maggio 2010. Il *Memorandum of understanding (MoU)* firmato dalla Grecia e dalla Commissione, in rappresentanza degli Stati dell'eurozona, fissava il programma di aggiustamento strutturale che condizionava l'erogazione delle singole tranche dei prestiti.

⁴ Consiglio Ecofin straordinario 9-10 maggio 2010.

⁵ Il regolamento (UE) n. 407/2010, istitutivo del MESF, stabiliva che attraverso un *MoU* venissero negoziate tra Stato membro interessato e Commissione (con l'assistenza della BCE) "le condizioni generali di politica economica alle quali è subordinata l'assistenza finanziaria dell'Unione" (art. 3).

semplificata ex art. 48, comma 6 TFUE, di aggiungere all'art. 136 TFUE un nuovo paragrafo, che autorizzava gli Stati membri dell'eurozona ad istituire il MES⁶.

Con l'effetto paradossale di accrescere piuttosto che contenere il "disordine costituzionale" nello spazio europeo. Da un lato, infatti, la procedura di revisione semplificata richiamata non poteva "estendere le competenze dell'Unione europea"; dall'altro lato, la creazione del MES è avvenuta con un atto di diritto internazionale⁷, al di fuori del quadro giuridico dell'Unione, ma connesso ad esso in vario modo, dato il ruolo strategico della BCE e della Commissione per il funzionamento del MES e la giustiziabilità dei suoi atti innanzi alla Corte di Giustizia.

Il principio di "stretta condizionalità" costituisce la colonna portante di questa istituzione (a metà tra diritto dell'Unione e diritto internazionale)⁸ che si serve di una strumentazione giuridica para-contrattuale. Il MES, "per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso", può fornire a un proprio contraente varie forme di sostegno finanziario, unicamente sulla base di "condizioni" che possono spaziare da un "programma di correzioni macroeconomiche al rispetto costante di condizioni di ammissibilità predefinite" (art. 12 Trattato MES)⁹.

L'istituzione europea che negli ultimi tempi ha più agito *ai 'confini' della legalità* comunitaria è senza dubbio la BCE. L'irrituale lettera inviata al Governo italiano il 5 agosto 2011 ha costituito, per certi versi, il prototipo ideale di questo diritto costituzionale della crisi (GRASSO, 2012, CANTARO 2012). Nella lettera si annunciava l'intenzione di procedere all'acquisto dei titoli del debito pubblico italiano – che in

⁶ Decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 (2011/199/UE). Non si è creato il MES nella cornice dei trattati, utilizzando l'art. 352 TFUE (la "clausola di flessibilità"), poiché ciò avrebbe richiesto un percorso politicamente più accidentato, alla luce della sentenza del *BVerfG* del 30 giugno 2009, *Lissabon Urteil*. Cfr. Gianniti, 2011.

⁷ Trattato sottoscritto a Bruxelles il 2 febbraio 2012 dagli Stati dell'Eurozona. Prima che il MES si insediasse, si è dovuto attendere il 'nulla osta' del *BVerfG* con la sentenza 12 settembre 2012, *BVerfGE* 132, 195.

⁸ Il MES è modellato sul FMI (la cui prassi è espressamente richiamata nei considerando 12 e 13), in quanto la responsabilità finanziaria e decisionale di ciascun Stato membro è proporzionata al capitale sottoscritto.

⁹ La Commissione europea – di concerto con la BCE e, laddove possibile, insieme al FMI (la troika) – ha il compito di "monitorare il rispetto delle condizioni cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria" (art. 13, comma 7 Trattato MES). Gli aiuti finanziari sono condizionati anche alla previa ratifica del Fiscal compact e, dunque, alla recezione nell'ordinamento interno del paese beneficiario del vincolo del pareggio di bilancio (5° considerando del Trattato MES).

quella fase era a rischio default – condizionando tale intervento all’implementazione (indicando, persino, tempistica e strumentazione giuridica) di un programma economico a tutto campo.

L’irritualità del documento sul piano formale non era altro che la diretta conseguenza di una più evidente anomalia sul piano sostanziale. Un organismo come la BCE, estraneo al circuito della legittimazione e della responsabilità democratica, ‘dettava’ al governo di uno Stato membro una serie di misure non solo incidenti sulla sfera economico-finanziaria, ma implicanti riforme strutturali di vasta portata (Olivito, 2014). Con un procedimento ‘*extra ordinem*’ si è introdotta una forma di condizionalità informale, parallela a quella prevista e regolata nell’ambito dei programmi di assistenza finanziaria, che ha influenzato in maniera determinante le scelte di politica economica e sociale di uno Stato membro.

Le modalità di intervento della BCE sono state successivamente codificate con il programma “*Outright monetary transactions*” (*OMT*, “operazioni monetarie definitive”)¹⁰ con il quale si è tentato di dare una veste legale alle modalità di intervento della BCE nella crisi economica. In base a questo programma, al fine di “salvaguardare il meccanismo di trasmissione della politica monetaria nell’area euro”, la BCE può effettuare “acquisti illimitati” di titoli del debito pubblico sui “*mercati secondari*”. Le *OMT* presuppongono, a loro volta, l’esistenza di un programma di assistenza finanziaria e sono soggette alle stesse rigide condizioni sospensive¹¹.

3.- L’interpretazione dei custodi del processo d’integrazione

La portata costituzionale di questo ‘nuovo’ principio del diritto europeo è stata avvalorata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nella causa (proposta dal parlamentare irlandese Thomas Pringle) avente ad oggetto il contrasto del nuovo regime di aiuto finanziario con le norme dell’Unione economica e monetaria, ha

¹⁰ Consiglio direttivo della BCE del 6 settembre 2012.

¹¹ Il piano *OMT* verrà, infatti, interrotto, qualora il paese interessato non rispetti termini e condizioni del programma di aggiustamento e rimarranno sospese temporaneamente durante la verifica del loro corretto adempimento.

sancito la piena compatibilità del Trattato MES con il divieto di salvataggio di cui all'art. 125 del TFUE¹².

La Corte di Giustizia ha escluso una violazione dell'art. 125 grazie ad un'innovativa e restrittiva interpretazione del divieto di *bail out*. Per la Corte l'art. 125, alla luce della sua genesi, è rivolto unicamente ad impedire che gli Stati membri facciano affidamento su un abbattimento del proprio debito pubblico da parte di altri membri dell'eurozona, inducendoli in tal modo a mantenere una politica di bilancio 'moderata'.

Interpretato in questi termini, il MES non contraddice la *ratio* di tale divieto, in quanto il sostegno che gli Stati membri garantiscono ai paesi in difficoltà è subordinato ad uno "stretto requisito di condizionalità"¹³. Il principio di stretta condizionalità dell'accesso all'aiuto finanziario dà, a giudizio della Corte, adeguate garanzie sul fatto che questo non comporti disincentivi a perseguire politiche fiscali 'sane', scongiurando la tentazione dell'*azzardo morale* da parte dei paesi assistiti.

La Corte di giustizia ha, insomma, dato il suo avallo alla gestione emergenziale della crisi attraverso un'interpretazione teleologica che conferisce carattere sovraordinato al principio della "stabilità finanziaria dell'eurozona" rispetto al principio del "divieto di salvataggio". La stretta condizionalità degli aiuti permetterebbe di realizzare il primo principio senza tradire il 'contenuto essenziale' del secondo. Si tratta di un ardito bilanciamento giurisprudenziale che '*costituzionalizza*' il principio di stretta condizionalità e, per certi versi, la stessa ricetta macroeconomica (a base di austerità e riforme strutturali) che ne costituisce il contenuto essenziale¹⁴.

La portata strutturale per la nuova governance economica di questo principio è avvalorata anche dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, che, a partire dal "*Lissabon Urteil*", si è attribuito il ruolo di garante ultimo del processo d'integrazione europea (CANTARO, 2010), con decisioni che hanno costantemente

¹² Sentenza Corte di Giustizia, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*.

¹³ Paragrafo 143 della sentenza *Pringle*.

¹⁴ Un'analisi dei vari *MoU* sottoscritti dai paesi periferici (Grecia, Portogallo, Spagna, Irlanda, Cipro) evidenzia come l'aggiustamento richiesto a questi Stati coincida nei punti essenziali: riduzione drastica della spesa pubblica, adattamento dei sistemi di welfare e dei mercati del lavoro alla competizione globale, privatizzazioni e riforme strutturali *market oriented*. Cfr. Costamagna, 2012.

orientato le scelte dell'Unione. Il filo rosso che tiene assieme le più recenti pronunce del *BVerfG* è la salvaguardia del potere-responsabilità del *Bundestag*, il suo diritto di dire l'ultima parola rispetto a tutte le decisioni sovranazionali (quali quelle concernenti la concessione di aiuti finanziari ai partner europei) che incidono, anche solo potenzialmente, sul bilancio federale (artt. 20, 38 e 79, comma 3, *Grundgesetz*)¹⁵.

La difesa da parte della Corte di Karlsruhe del principio della democrazia parlamentare è alquanto contraddittoria (MAYER, 2014). Essa non sembra rivolta ad elevarlo a "*tradizione costituzionale comune*", bensì si connota in chiave *marcatamente unilaterale*, dal momento che sembra trascurare le analoghe esigenze di salvaguardia dei processi democratico-parlamentari degli altri Stati membri dell'Unione (e, in particolare, di quelli più colpiti dalla crisi finanziaria).

Questa tendenza alla "democratizzazione in un solo paese" (PINELLI, 2014: 9) è particolarmente emblematica nelle pronuncia con la quale il *BVerfG* ha chiamato la Corte di Giustizia a giudicare la conformità ai trattati del programma *OMT*¹⁶. Svalutando nei fatti il rilievo delle procedure democratiche degli altri paesi, essa ha finito per conferire il proprio "avallo costituzionale al principio di stretta condizionalità su cui è basata l'architettura istituzionale degli aiuti finanziari concessi agli Stati in crisi dal MES" (JOERGES, GIUBBONI, 2013: 356)¹⁷.

Ed è stata ancora una volta la Corte di Giustizia, con la pronuncia che ha risolto il conflitto tra BCE e *BVerfG* in ordine al programma *OMT* (in verità, solo annunciato e

¹⁵ La sentenza 7 settembre 2011, *BVerfGE* 129, 124 ha precisato che il Governo federale prima di fornire nuove garanzie finanziarie deve in ogni caso consultare il *Bundestag*, o perlomeno la sua Commissione bilancio. La sentenza 28 febbraio 2012, *BVerfGE* 130, 318 ha riconosciuto per il Governo la possibilità, in casi eccezionali, di consultare un comitato speciale (*Sondergremium*). Il Governo deve tuttavia riferire alla seduta plenaria del *Bundestag*, una volta venute meno le ragioni dell'emergenza. La sentenza *BVerfGE* 132, 195, cit., ha statuito che non sono opponibili al *Bundestag* le disposizioni del Trattato MES relative all'inviolabilità dei documenti interni e al segreto professionale che vincola i componenti dei suoi organi (artt. 32, 34, 35).

¹⁶ Con l'ordinanza del 14 gennaio 2014, il *BVerfG*, ricorrendo per la prima volta al rinvio pregiudiziale, ha sì riconosciuto la supremazia della Corte comunitaria, ma allo stesso tempo ha posto numerosi paletti interpretativi, sulla strada del "dialogo giurisdizionale". La delibera della BCE sarebbe "ultra vires" (in ragione della violazione del principio d'attribuzione), per un verso, perché si porrebbe fuori dal mandato della BCE (artt. 119 e 127 TFUE) e, per altro verso, perché tale programma violerebbe il divieto di finanziamento monetario del debito degli Stati (art. 123 TFUE). Cfr. sul punto Donati, 2014; Rivosecchi, 2014.

¹⁷ Nella parte conclusiva delle motivazioni dell'ordinanza citata, il *BVerfG* ha precisato che il programma *OMT* "non sarebbe passibile di rilievi critici se fosse interpretata restrittivamente, ossia in modo tale che essa non pregiudichi la condizionalità dei programmi di assistenza del MES" (paragrafo 100).

mai concretamente implementato), a ribadire la piena legittimità comunitaria degli acquisiti di titoli sul mercato secondario da parte della BCE, a condizione che lo Stato assistito si sia impegnato a rispettare un programma di aggiustamento strutturale 'negoziato' con i creditori¹⁸.

4.- La solidarietà finanziaria condizionata

Il '*peccato originale*' dell'ordine di Maastricht è stato, secondo una vasta letteratura, quello di aver dato vita ad una federazione monetaria senza un effettiva solidarietà di bilancio¹⁹ (formalmente vietata dall'art. 125 del TFUE) e priva di adeguati meccanismi istituzionali di correzione degli squilibri macroeconomici tra gli Stati membri; fatti salvi quelli, ancora in fase di rodaggio, previsti dai regolamenti nn. 1174/2011 e 1176/2011, finalizzati a prevenire e correggere quegli squilibri gravi che possono compromettere il "buon funzionamento della UEM"²⁰.

Le embrionali forme di perequazione orizzontale, implementate dai meccanismi di stabilità (e dagli interventi straordinari della BCE), sono sembrate ad una autorevole dottrina proporre "un originale *principio di solidarietà responsabile interstatale*"; un principio suscettibile di "svolgere una funzione costituente, potendo imprimere una diversa direzione all'*European process*, verso un'unità economica non limitata ai vincoli di bilancio, ma implicante anche politiche fiscali e di protezione sociale comuni" (MORRONE, 2014: 6)

La solidarietà finanziaria improntata alla "stretta condizionalità" non è, tuttavia, pienamente riconducibile alla tradizione del principio di solidarietà tra gli Stati membri, sia nella sua declinazione economico-sociale (già emblematicamente posta a base della Dichiarazione Schuman del 1951), sia nella sua declinazione politico-istituzionale di

¹⁸ Corte di Giustizia, 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler e a.*, paragrafo 120: "la subordinazione dell'acquisto di titoli di Stato al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento strutturale ai quali sono sottoposti gli Stati membri interessati esclude che un programma come quello *OMT* possa incitare tali Stati a rinunciare al risanamento delle loro finanze pubbliche fondandosi sulle facilitazioni di finanziamento che potrebbero derivare dall'attuazione di un programma siffatto".

¹⁹ Da ultimo Fitoussi, 2013; Habermas 2014; Offe, 2014.

²⁰ Sulla base di tali regolamenti, la Commissione europea ha richiesto (per ora senza risultati tangibili) agli Stati in surplus (Germania in testa) di ridurre gli avanzi commerciali e di incentivare la propria domanda interna, in maniera tale da sostenere le esportazioni degli Stati in deficit e stimolare una ripresa di tutta l'eurozona.

“Unione sempre più stretta dei popoli europei”, quale finalità fondamentale che informa i trattati europei.

Il principio di stretta condizionalità sembra, infatti, esprimere un’idea di solidarietà declinata prevalentemente nella logica di uno *scambio asimmetrico* tra aiuti finanziari (a carico prevalentemente degli Stati creditori) e politiche di austerità e riforme strutturali (a carico degli Stati debitori); uno scambio geneticamente asimmetrico, in quanto gli accordi intergovernativi tra gli Stati assistiti e la Troika vengono negoziati all’ombra della bancarotta.

Più che nel senso della partecipazione ad un destino comune, della creazione di un *“sense of community”*, la solidarietà finanziaria nella crisi è stata declinata nella prospettiva di evitare il *moral hazard* degli Stati assistiti. Una logica del sospetto in base alla quale, “se ‘noi’ facciamo sacrifici per ‘loro’, questi useranno la nostra generosità come occasione per approfittare di noi”²¹.

Questa distorsione del principio di solidarietà è, peraltro, il riflesso di una distorsione non meno profonda del principio d’eguaglianza tra Stati membri dinnanzi ai trattati (art. 4, comma 2 TUE). I crescenti divari politico-costituzionali ed economico-sociali tra Stati membri mettono in discussione uno dei capisaldi del processo d’integrazione europea: la *pari dignità* tra Stati membri di fronte al diritto europeo, con effetti già evidenti nel Trattato di Maastricht, nella misura in cui già allora si introducevano margini di manovra maggiori per gli Stati virtuosi.

5.- Stati creditori vs Stati debitori nel diritto della crisi

La pretesa di rinsaldare l’unità europea attraverso rigidi meccanismi di *solidarietà condizionata* all’austerità e alle riforme strutturali si è rilevata alquanto illusoria, poiché, al contrario, la nuova governance economica europea ha determinato una lacerazione profonda nel cuore dell’eurozona, nella misura in cui agli Stati creditori viene conferito il potere di controllo nei confronti dei bilanci degli Stati debitori e solo

²¹ OFFE, 2014:79. Una logica che non è così dissimile da quella che presiede alle recenti politiche europee dell’occupazione, le quali, anche attraverso meccanismi sanzionatori, mirano a condizionare le forme di sostegno in favore del reddito del lavoratore (le politiche passive) a suoi ben definiti comportamenti attivi (le politiche attive); e ciò nell’intento di rafforzare la responsabilità del percettore del sussidio, inducendolo a non adottare comportamenti opportunistici a danno della solidarietà collettiva.

ai primi è consentito di difendere efficacemente le proprie prerogative costituzionali (MAJONE, 2014)²².

Queste *asimmetrie politico-costituzionali* sono la causa e contemporaneamente l'effetto di altrettanto radicali *asimmetrie economico-sociali*. I paesi creditori del nord Europa, pur avendo introdotto misure di contenimento della spesa pubblica, non hanno ancora sostanzialmente intaccato il cuore delle proprie istituzioni di welfare. I paesi debitori del sud Europa sembrano, invece, assistere impotenti ad una progressiva erosione delle conquiste sociali del passato, ad una strisciante deindustrializzazione, ad un generale impoverimento della popolazione.

Le inflessibili regole di stabilità finanziaria contenute nel Fiscal compact consolidano questa realtà di un'Europa composta di Stati di serie *a* e di serie *b*. Queste regole si limitano a 'fotografare' i punti di partenza degli Stati virtuosi e non, con l'evidente rischio di perpetuare nel tempo le loro disparità. Secondo la lettera del Fiscal compact, i paesi con finanze pubbliche più fragili debbono inderogabilmente mettere in pratica più vigorose manovre di austerità, fino a prevedere, se necessario, consistenti avanzi di bilancio al fine di ripagare i prestiti concessi dagli Stati creditori²³.

I paesi debitori corrono, inoltre, il rischio di rimanere intrappolati in un vero e proprio *circolo vizioso tra austerità e riforme strutturali*. A fronte, infatti, degli effetti naturalmente recessivi determinati dalle politiche di austerità, tali paesi sono costretti, nell'arduo tentativo di aumentare la competitività internazionale del proprio sistema produttivo, ad adottare riforme strutturali sempre più drastiche. La speranza è che il calo della domanda interna venga compensato, perlomeno, da un aumento della domanda esterna. Ma questa concorrenza 'fratricida' tra Stati europei ha sin qui prodotto effetti contrari a quelli auspicati. "All'interno di una zona monetaria unica

²² L'art. 8 del Fiscal compact attribuisce a una parte contraente il diritto di adire la Corte di Giustizia (anche a prescindere dalla previa relazione della Commissione), nel caso in cui un'altra parte contraente non abbia ottemperato ai gravosi obblighi finanziari previsti dall'art. 3, comma 2; e, in caso di ulteriore inottemperanza, il diritto di chiedere l'irrogazione di sanzioni economiche commisurate al PIL. In questa maniera si pongono gli Stati 'virtuosi' a guardiani dei bilanci degli Stati 'reprobi'.

²³ Neppure l'operazione di *quantitative easing* intrapresa dalla BCE con un'immissione straordinaria di liquidità finanziaria sui mercati allo scopo di abbassare i tassi di interesse sui titoli del debito, diminuire il costo del credito, svalutare la moneta unica, è destinata a diminuire il divario tra Stati debitori e Stati creditori. La quantità di acquisti dei titoli del debito pubblico è, infatti, commisurata alla quota di partecipazione di ciascuna Banca centrale nazionale al capitale della BCE, con il risultato che la prima beneficiaria del piano è la Germania, mentre la Grecia ne è rimasta per ora esclusa.

avere politiche concorrenziali non coordinate è come avere un elefante in un negozio di porcellane” (FITOUSSI, 2013: 135). Il dumping sociale è, nella migliore delle ipotesi, un gioco a somma zero.

L’attuale assetto politico-costituzionale dell’Unione, che ha finito col sancire una vera e propria disparità strutturale nel ‘*diritto alla crescita economica*’ dei popoli europei e col condizionare il grado di sovranità democratica di un paese al grado di solvibilità del bilancio, è, peraltro, contrastato da vere e proprie forme di ‘*resistenza costituzionale*’.

E’ la ‘resistenza’ di alcuni corti costituzionali nazionali, le quali tentano di difendere il nucleo democratico-sociale profondo dei propri ordinamenti giuridici rispetto alle ‘draconiane’ ricette economiche di Bruxelles (SALAZAR, 2013)²⁴. È la resistenza di un paese, come la Grecia, stremato da cinque anni di politiche all’insegna dell’austerità e che, dopo la vittoria elettorale di *Syriza*, ha provato a mettere in discussione i ‘dogmi’ della stabilità finanziaria e delle riforme strutturali.

Dopo il referendum costituzionale, il cui esito ha determinato effetti contrari a quelli auspicati dai promotori, i paesi creditori hanno imposto alla Grecia una ricetta di austerità ancora più drastica di quella bocciata nella consultazione popolare: un nuovo piano di aiuti finanziari, assoggettato ad una versione radicale della condizionalità (con la fissazione di un dettagliatissimo scadenziario alle autorità elleniche). Inoltre, a garanzia del pagamento del debito, gli Stati creditori hanno preteso (ed ottenuto) la costituzione di una sorta di ‘ipoteca’ sul patrimonio pubblico greco²⁵.

La “Comunità della stabilità” (“*Stabilitätsgemeinschaft*”) – per usare la celebre espressione del *BVerfG* – è, almeno per ora, salva, ma al prezzo di una divaricazione

²⁴ Oltre alla sentenza della Corte costituzionale portoghese (L’*Acórdão* n. 187/2013) che ha dichiarato l’incostituzionalità di parti della legge di bilancio per il 2013, invocando come “contro limite” il principio europeo di proporzionalità si può qui ricordare la recente sentenza della Corte costituzionale sul c.d. blocco degli adeguamenti dei trattamenti pensionistici (n. 70 del 2013).

²⁵ Cfr la Dichiarazione del Vertice Euro del 12 luglio 2015: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/07/12-euro-summit-statement-greece/>.

sempre più profonda tra Stati creditori e Stati debitori, con conseguenze future sul destino del processo di integrazione europea ad oggi difficilmente prevedibili²⁶.

Riferimenti bibliografici

Angioi S. (2006), *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea*, Napoli, ESI.

Cantaro A., (2012), *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, in F. Vecchio, B. Andò (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, Cedam, 353 ss.

Cantaro A. (2010), *Democrazia e identità costituzionale dopo il "Lissabon Urteil". L'integrazione protetta*, in "Teoria del diritto e dello Stato", n. 1, 32 ss.

Chiti M. P. (2013), *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea. I rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in "Rivista dir. pubbl. comunitario", n. 1, 1 ss.

Costamagna F. (2012), *Saving Europe Under Strict Conditionality: A Threat for the EU Social Dimension?*, Centro Einaudi – Comparative Politics and Public Philosophy Lab, Working Paper –LPF, n. 7/12.

Donati F. (2014), *La crisi dell'euro tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia*, in www.federalismi.it, n. 17.

Fitoussi J.P. (2013), *Il teorema del lampione. O come mettere fine alla sofferenza sociale*, Torino, Einaudi.

Giannelli M. (2013), *La condizionalità democratica nell'Unione europea e la sua applicabilità alle istituzioni finanziarie internazionali*, in "Studi sull'integrazione europea", n. 3, 327 ss.

²⁶ È sembrano tornare di straordinaria attualità le considerazioni riservate da John Maynard Keynes ai Trattati di Versailles, congegnati deliberatamente per infliggere una 'lezione' alla Germania uscita sconfitta dalla prima guerra mondiale. L'economista di Cambridge ammoniva allora che: "*the policy of reducing Germany to servitude for a generation, of degrading the lives of millions of human beings, and of depriving a whole nation of happiness should be abhorrent and detestable,—abhorrent and detestable, even if it were possible, even if it enriched ourselves, even if it did not sow the decay of the whole civilised life of Europe*" (Keynes, 1931).

- Gianniti L. (2011), *Il meccanismo di stabilità e la revisione semplificata del Trattato di Lisbona: un'ipoteca tedesca sul processo d'integrazione?*, Documenti IAI, febbraio.
- Giovannelli A. (2013), *Vincoli europei e decisioni di bilancio*, in "Quaderni costituzionali", n. 3, 933 ss.
- Grasso G. (2012), *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione ai tempi della globalizzazione*, Napoli, Editoriale scientifica.
- Habermas J., (2014), *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, (trad. it. di L. Ceppa), Bari-Roma, Laterza.
- Joerges C, Giubboni S. (2013), *Diritto e politica nella crisi europea*, in "Rivista critica di diritto privato", n. 3, 343 ss.
- Keynes J.M., (1931), *Essays on persuasion*, trad. it., *Esortazioni e profezie*, Milano, Il Saggiatore (2011).
- Luciani M., (2013), *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, (Relazione al convegno della Corte costituzionale del 22 novembre 2013) in www.cortecostituzionale.it.
- Mayer F.C. (2014), *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in "German Law Journal", n. 2, 111 ss.
- Majone D. (2014), *Rethinking the Union of Europe post-crisis. Has integration gone too far?*, Cambridge University Press.
- Mangiameli S. (2015), *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in A. Cantaro (a cura di), *Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n. 2, <http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv/issue/view/87>.
- Morrone A., (2014), *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in www.rivistaaic.it, n. 3
- Pinelli C., (2014), *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in www.constituzionalismo.it.
- Pitruzzella G., (2013), *Crisi economica e decisioni di governo*, Relazione al XXVIII Convegno nazionale dell'AIC, in www.rivistaaic.it, n. 4.

- Offe C. (2014), *L'Europa in trappola. Riuscirà L'UE a superare la crisi?*, Bologna, Il Mulino.
- Olivito E. (2014), *Crisi economico-finanziaria e equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in www.rivistaaic.it, n. 2.
- Rivosecchi G. (2014), *Il meccanismo europeo di stabilità e il Fiscal Compact tra Karlsruhe e Lussemburgo*, "Quaderni costituzionali", n. 2, 425 ss.
- Ronchetti L. (2007), *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni*, Napoli, Jovene.
- Salazar C. (2013), *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XVIII Convegno nazionale dell'AIC, in www.rivistaaic.it, n. 4.
- Scaccia G. (2013), *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2.
- Streeck W. (2013), *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Roma, Feltrinelli.

LA SOVRANITÀ “LIMITATA” DI BILANCIO COME PRINCIPIO SUPREMO. PRIMI APPUNTI SU DUE CONCETTI AMBIGUI A MARGINE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE TEDESCA

Federico Pedrini

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

Sommario:

1. – Premessa;
2. – Problemi definitivi;
 - 2.1. – ‘Principi supremi’;
 - 2.2. – ‘Sovranità di bilancio’;
3. – Metodologie e prove tecniche di qualificazione;
 - 3.1. – La sovranità di bilancio come principio supremo: un’ammissione quasi tautologica?;
 - 3.2. – Alla difficile ricerca dei criteri tra “procedura” e vincoli “sostanziali”;
 - 3.2.1. – Principio democratico e coinvolgimento del Bundestag nel processo decisionale bilancistico;
 - 3.2.2. – Oltre la procedura;
4. – La sovranità “limitata” di bilancio come principio supremo fra ordinamenti nazionali e integrazione europea.

Abstract in italiano

L'intervento intende indagare sulla possibile appartenenza del principio della "sovranità del bilancio" al novero dei c.d. "principi costituzionali supremi". Evidenziata l'ambiguità e il comune rinvio a valutazioni "sostanziali" dei due concetti, si provvede alla loro ridefinizione stipulativa: per 'principio supremo' si intenderanno (solo) quelle norme sottratte alla possibilità di essere costituzionalmente riviste; per 'sovranità di bilancio' sembrerebbe opportuno riferirsi ad una potestà non assoluta, bensì limitata nella materia *de qua*. L'analisi delle recenti decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, se da una parte conferma la connessione tra la sovranità di bilancio e i principi supremi democratico e sociale, dall'altra parte evidenzia come individuare il "nucleo" di questa materia sottratto alla legittima possibilità di revisione costituzionale si scontra con la difficoltà di trovare chiari standard applicativi per le formule valutative economiche enunciate dalla giurisprudenza. Di tali difficoltà il saggio indaga le cause e indica alcune possibili soluzioni, idonee a conciliare il controllo di costituzionalità con gli spazi discrezionali del legislatore.

Resumen en español

Nuestro trabajo profundiza sobre la posible inclusión del principio de la soberanía presupuestaria dentro de los llamados "principios constitucionales supremos". Evidenciada la ambigüedad y el común reenvío a valoraciones "sustanciales" de ambos conceptos, se procede a su redefinición estipulativa: por "principio supremo" se entienden (únicamente) aquellas normas que no pueden ser constitucionalmente revisadas; con el concepto de "soberanía presupuestaria" se hace referencia a una potestad no absoluta, limitada a la materia de que se trata. El análisis de las recientes decisiones del *Bundesverfassungsgericht* evidencia, de una parte, la conexión entre la soberanía presupuestaria y los principios supremos democráticos y sociales y, de otra, cómo la individualización del "núcleo" de esta materia que no puede ser revisado constitucionalmente choca con la dificultad de encontrar estándares de aplicación claros para las fórmulas de evaluación económica utilizadas por la jurisprudencia. Esta dificultad es el origen de nuestro trabajo que trata de averiguar las causas y proponer soluciones que puedan conciliar el control de constitucionalidad con los espacios de discrecionalidad del legislador.

Abstract in English

The project investigates the possible membership of the principle of "sovereignty of the budget" to the category of so-called "Supreme constitutional principles". Highlighted the ambiguity and the common reference to the assessments "material" of the two concepts, it is necessary to define them stipulative: for 'supreme principle' will be

considered (only) those provisions excluded from the possibility of constitutional change; for 'fiscal sovereignty' would seem appropriate to refer to a power not absolute, but limited in the subject in question. An analysis of recent decisions of the *Bundesverfassungsgericht*, on one hand confirms the connection between the "sovereignty of the budget" and the supreme democratic and social principles, but on the other side it shows how to identify the "core" of the matter removed from the legitimate possibility of constitutional revision clashes with the difficulty of finding clear application standards for economic evaluation formulas set out in the case law.

The essay investigates the causes of these difficulties and it indicates some possible solutions, which may reconcile the judgment of the constitutionality with the discretionary spaces of the legislature.

1.- Premessa

Scopo di questo saggio sarà di riflettere sulla possibilità di ricostruire l'intreccio di norme e principi, tipicamente di rango costituzionale (MORRONE 2013: 378), riguardanti la c.d. sovranità di bilancio quale possibile contenuto d'un "principio costituzionale supremo".

L'indagine sarà svolta sulla base della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in ragione del suo valore paradigmatico rispetto a ordinamenti costituzionali affini, a partire da quello italiano e spagnolo, cui da una parte non è ignota la categoria dei principi supremi e che dall'altra sono stati interessati da innovazioni normative, pure di rango costituzionale, idonee a sollevare problemi giuridici analoghi a quelli già inquadrati terra tedesca.

2.– Problemi definitivi

Questioni definitive si pongono *in apicibus* giacché tanto il concetto di principio supremo quanto quello di sovranità di bilancio si presentano come altamente indeterminati, sicché lo stesso quesito evocato dal titolo può ricevere risposte differenti – tanto nei risultati, quanto nei percorsi argomentativi – a seconda di come si "ritaglino" gli elementi chiamati in causa, col rischio di dispute terminologiche che viceversa parrebbe opportuno tentare di circoscrivere con chiare scelte stipulative.

2.1.– 'Principi supremi'

Convenzionalmente, con la formula 'principi supremi' (cfr. in argomento CARTABIA 1995; RAZZANO 2006) non s'intenderanno semplicemente norme costituzionali di particolare pregnanza storico-culturale, sistematica o "assiologica" all'interno d'una certa architettura costituzionale (principi supremi *in senso culturale*), bensì soltanto quelle norme, o quelle materie, giuridicamente sottratte alla possibilità (legittima) di essere costituzionalmente riviste (principi supremi *in senso tecnico-giuridico*).

Nei singoli ordinamenti giuridici possono darsi percorsi differenti per riconoscere i singoli principi supremi, percorsi che parrebbero articolarsi in modo

diverso soprattutto in rapporto alla presenza o meno nel testo costituzionale d'indicazioni *espresse* circa le norme e i principi sottratti a revisione costituzionale.

Qualora tale indicazione sussista, infatti, si porranno anche e per prima cosa problemi *d'interpretazione testuale* della relativa Costituzione. In caso contrario, l'individuazione dei singoli principi supremi parrebbe collocarsi su un piano metodologicamente diverso, al confine fra *integrazione* e *costruzione* del parametro (su tali distinzioni cfr. GUASTINI 2011 e VIGNUDELLI 2011).

Un esempio di principi supremi indicati direttamente nel testo costituzionale è offerto dal caso tedesco, dove la base delle operazioni ricostruttive circa il contenuto dei principi supremi (in senso tecnico-giuridico) è costituita dal terzo comma dell'art. 79 GG, che esplicitamente prescrive come «non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, la partecipazione in linea di principio dei *Länder* alla legislazione o i principi stabiliti negli articoli 1 e 20».

L'art. 1 GG proclama «intangibile» la dignità della persona e riconosce «gli inviolabili e inalienabili diritti della persona come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo», sancendo inoltre il valore di vincolo di tutti i *Grundrechte* (artt. 1-19 GG) per i tre poteri dello Stato come «diritto immediatamente applicabile». L'art. 20 GG definisce la Repubblica Federale come «uno Stato federale democratico e sociale» e inoltre prevede come «ogni potere dello Stato emana dal popolo» e che è «esercitato dal popolo con elezioni e votazioni e per mezzo di appositi organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione».

L'esempio appena riportato, del resto, consente d'effettuare una prima rilevante precisazione in ordine alla presenza di espressi articoli costituzionali che identifichino i principi supremi. Tali disposizioni, infatti, seppure astrattamente potrebbero indicare “per rinvio” anche *singole disposizioni* sottratte alla possibilità di essere costituzionalmente modificate, più spesso sono essere redatte con una tecnica definitoria più “teleologica” che “analitica”.

In questo caso, le indicazioni rinvenibili nel testo costituzionale sono sì importanti perché tematizzano, quanto meno sotto l'ambito materiale, ciò che può essere considerato (o meno) principio supremo. Al tempo stesso, la loro portata chiarificatrice – tanto “in positivo”, per quel che *menzionano*, quanto “in negativo”, per quel che *escludono* –, non dovrebbe essere aprioristicamente sovrastimata.

A essere sottratte alla possibilità di revisione costituzionale secondo l'art. 79 GG non sono precise fattispecie normative, bensì norme a maglie assai larghe e ricche di connotati valutativi; utilizzando una diffusa terminologia (ZAGREBELSKY 1992: 147 ss.; DWORKIN 2010: 37 ss.), si tratterebbe di “principi” e non di “regole”.

Restando all'esempio offertoci dal *Grundgesetz*, il principio dell'intangibilità della dignità umana, l'inviolabilità e l'inalienabilità dei diritti della persona e il loro valore di vincolo per tutti i poteri statali, o ancora i principi democratico, federale e sociale dello Stato sono sì espressamente qualificati come costituzionalmente immodificabili. Detta immodificabilità, tuttavia, non parrebbe certo implicare l'impossibilità *assoluta* di modificare le singole disposizioni che tali principi concretizzano, bensì soltanto di non tradirne il contenuto essenziale, con tutto quel che di problematico consegue nel capire come e quando a essere mutati sarebbero soltanto dei “dettagli” e quando invece ne sarebbe effettivamente intaccata l'“essenza”. E su quest'ultima valutazione, come vedremo meglio, l'interpretazione in senso stretto parrebbe aver molto meno da dire.

2.2.– ‘Sovranità di bilancio’

Anche il concetto di sovranità di bilancio, dal canto suo, rischia spesso di rimanere in una dimensione alquanto rarefatta. Spiegare analiticamente cosa s'intenda con ‘sovranità di bilancio’, infatti, rischia di riproporre su una scala più piccola molte delle ambiguità che da sempre contraddistinguono la discussione in ordine alla sovranità dello Stato.

Più che un concetto propriamente giuridico, insomma, il concetto di sovranità di bilancio parrebbe costituire una pre-condizione o una caratteristica connaturata

all'ente statale, più facile da intuire nei suoi contorni di massima che da definire in precise fattispecie giuridiche.

Se volessimo interlocutoriamente tratteggiare la sovranità di bilancio come *la libertà di decidere, in assenza di condizionamenti esterni, sul come reperire risorse economiche e su come adoperarle per realizzare i propri scopi*, essa, al pari della sovranità *tout court*, intesa in senso assoluto verrebbe a configurarsi come una condizione meramente ideale, priva di qualsivoglia riscontro storico concreto.

Né le cose parrebbero migliorare di molto sostituendo al requisito dell'assenza di condizionamenti, la libertà dai soli condizionamenti *giuridici*. Pressoché tutti i moderni ordinamenti costituzionali, infatti, ammettono sin dalla loro fondazione limitazioni alla propria sovranità. Parrebbe allora giocoforza concludere come, in tale contesto, anche la sovranità di bilancio nasca *ab origine* come *anche giuridicamente* limitata.

La principale conseguenza di ciò è che qualsiasi ragionamento intorno alla sovranità di bilancio che s'interroghi intorno alla sua violazione, *già a causa di tali difficoltà definitorie* difficilmente potrà essere affrontato con un approccio tradizionalmente giuridico-formale. Quasi inevitabilmente, invece, si sarà chiamati ad effettuare delle considerazioni *sostanziali* e delle valutazioni *di grado* (sicché solo limitazioni d'una certa consistenza e/o d'una certa pregnanza potranno essere considerate lesioni della sovranità di bilancio), con le tipiche difficoltà proprie di questo genere d'argomenti.

Segnatamente in ciò, d'altro canto, parrebbe palesarsi una significativa analogia con quanto già evidenziato con riferimento ai principi supremi, configurandosi pure qui la base delle operazioni argomentative come ampiamente indeterminata, generica e "defettibile" (susceptibile, cioè, di eccezioni non specificate). Detto altrimenti, pure nel caso della c.d. sovranità di bilancio non parrebbe più di tanto complicato offrirne una descrizione di massima, individuandone i contorni e l'ambito materiale; il difficile è capire quando concretamente si darebbe una lesione. E rispondere a tale quesito parrebbe evocare, daccapo, ragionamenti intorno alla

“natura essenziale” o al “contenuto minimo”, la cui debole stringenza logica s’è già segnalata.

3.– Metodologie e prove tecniche di qualificazione

Quanto finora osservato getta luce su un primo aspetto importante: riconoscere alla sovranità di bilancio il rango di principio supremo abbia un “costo” relativamente basso, poiché comporta un livello di specificazione molto blando del parametro costituzionale.

Sancire l’immodificabilità costituzionale non di un insieme di regole precise e indefettibili, bensì soltanto d’un principio indeterminato e suscettibile d’eccezioni implicite, infatti, non implica vincoli stringenti né conclusioni necessitate, giacché qui il principio è soltanto *enunciato*, ma non ancora *concretizzato*.

Alto diviene il costo solo allorché *si specificano i criteri* coi quali si accoglie o si rigetta una questione, vale a dire quando si decide *argomentatamente*. Ed è proprio sulla capacità della giurisprudenza costituzionale d’assolvere al requisito di un’argomentazione non meramente retorico-persuasiva, bensì chiara, comprensibile e razionale (cfr. ALEXY 1998) che si riscontrano le maggiori difficoltà, individuabili anche nella celebre giurisprudenza sui “controlimiti” all’integrazione europea del *Bundesverfassungsgericht* coincidenti col “nucleo identitario” di cui all’art. 79 GG.

3.1.– La sovranità di bilancio come principio supremo: un’ammissione quasi tautologica?

La “sussunzione” della sovranità di bilancio all’interno del nucleo costituzionalmente irriducibile è passaggio risolto con relativa semplicità nella giurisprudenza.

Fondandosi sul principio democratico, il Tribunale costituzionale osserva come i trasferimenti di competenze a organizzazioni sovranazionali, per essere compatibili con l’attuale *Grundgesetz* dovrebbero in ogni caso escludere uno «svuotamento dei compiti» del *Bundestag* (*BVerfGE* 123, 267, 351 – 30.06.2009, *Lissabon*), che si verificherebbe là dove a quest’ultimo non fosse lasciato uno «spazio sufficiente per la

determinazione politica delle condizioni di vita, economiche, culturali e sociali» (BVerfGE 123, 267, 249). E tra queste ultime si collocherebbero anche «le entrate e uscite pubbliche incluso l'indebitamento» (*ibid.*), vale a dire «le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite – motivate anche dalla politica sociale – della mano pubblica» (BVerfGE 123, 267, 252), che evidentemente costituirebbero il nucleo della “sovranità” del bilancio dello Stato.

Tuttavia, subito l'affermazione “di principio” secondo cui la sovranità di bilancio apparterrebbe al nucleo costituzionale irriducibile è accompagnata da formule che ne relativizzano la portata.

Stabilire quando le decisioni sulle entrate e sulle uscite siano «fondamentali» o quando lo spazio lasciato al legislatore democratico sia «sufficiente», infatti, parrebbe inevitabilmente implicare il ricorso a percorsi logici e argomentativi da una parte (1) non direttamente ricavabili dal diritto positivo e dall'altra (2) tutt'altro che intuitivi nel loro contenuto.

Il punto è che l'uso di formule siffatte per argomentare il contenuto concreto del principio democratico *senza indicare il relativo criterio di applicazione* (gli standard per valutare quando una decisione possa dirsi ‘fondamentale’, quando il margine di manovra è ‘sufficiente’ etc.) rischia di risolversi in una mera perifrasi della *definizione* di democrazia.

Ci confrontiamo infatti qui con espressioni che in un'accezione ampia ed in parziale analogia col modello delle clausole generali (v. PEDRINI 2014: 98 ss.), potremmo definire “valutative” nel senso che da un lato (1) acquisiscono una reale utilità operativa solo quando viene *esplicitato* l'insieme delle regole per la loro applicazione e che dall'altro lato (2) sono tendenzialmente suscettibili di rinviare a una *pluralità* eterogenea di sistemi di regole (esistono, insomma, modalità e regole diverse per stabilire quando e cosa sia ‘sufficiente’, ‘fondamentale’ etc.).

Decisivo è inoltre che tali espressioni non si possono utilmente precisare attraverso degli equivalenti semantici, giacché sostituire una formula valutativa con

un'altra formula valutativa, ma senza specificare lo standard applicativo di nessuna, finisce soltanto per occultare il reale criterio alla base della decisione.

Proprio questo parrebbe riscontrarsi nel prosieguo dell'argomentazione del tribunale, quando tautologicamente si conclude come la sovranità di bilancio protetta dall'art. 79 GG non sarebbe di tipo assoluto, bensì limitata alla sua "ossatura": «non ogni vincolo europeo o internazionale che grava sul bilancio mette anche a rischio la capacità di azione del *Bundestag* come legislatore del bilancio. L'apertura dell'ordinamento giuridico e sociale – obiettivo a cui aspira la Legge fondamentale – e l'integrazione europea implicano anche l'adattamento a direttive e vincoli che il legislatore di bilancio deve inserire nella propria pianificazione come fattori non direttamente influenzabili. Decisivo è tuttavia che la *responsabilità complessiva* sia ancora assunta dal *Bundestag* tedesco con *sufficienti margini di scelta politica* su entrate e spese» (*BVerfGE* 123, 267, 256).

A questo punto risulterà evidente il continuo "rimpallo" effettuato tra formule come «contenuto sostanziale», «spese essenziali», «responsabilità complessiva», «sufficienti margini di scelta politica». Cercare di chiarire con l'una il significato dell'altra non solo non riesce qui *in concreto*, ma – come si osservava, analizzando la particolarità strutturale e semantica delle relative espressioni – non può riuscire neppure *in astratto*.

Il risultato complessivo parrebbe quello d'una tecnica "defatigatoria" che, continuando a spostare il nodo giuridico sottostante, procrastina all'infinito il momento della decisione.

3.2.– Alla difficile ricerca dei criteri tra "procedura" e vincoli "sostanziali"

Proprio in questa chiave diviene interessante analizzare come la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale in tema di sovranità di bilancio s'è mossa in rapporto ai quesiti che dal 2011 si sono progressivamente posti in concomitanza con i provvedimenti assunti a livello sopranazionale ed europeo per fronteggiare l'aggravarsi delle difficoltà economico finanziarie di molti paesi dell'Unione.

3.2.1.– Principio democratico e coinvolgimento del *Bundestag* nel processo decisionale bilancistico

La Corte di Karlsruhe, come è noto, ha via via tratteggiato il “recinto” di costituzionalità entro il quale può svolgersi l’integrazione sovranazionale in tema di sovranità di bilancio. I presupposti sinora individuati sono stati, in sintesi, il consenso continuativo, informato e “costitutivo” del *Bundestag*, specificamente e singolarmente espresso per ogni misura finanziaria di rilevante entità implicante oneri economici a carico della Repubblica Federale.

Si viene infatti a precisare come «non devono (...) essere istituiti meccanismi di diritto convenzionale internazionale durevoli che portino ad un’assunzione di responsabilità per decisioni volontarie di altri Stati membri, anzitutto quando siano collegate a effetti conseguenti difficilmente calcolabili. Ogni misura di sostegno solidaristico di notevole entità da parte del *Bund* nell’ambito internazionale o dell’Unione deve essere approvata nel dettaglio dal *Bundestag*. Quando siano conclusi accordi sovrastatali, i quali possono essere di rilevanza strutturale per l’ordinamento finanziario, come ad esempio attraverso l’assunzione di garanzie, la cui escussione può mettere in pericolo l’autonomia di bilancio, o attraverso la partecipazione a corrispondenti sistemi di sicurezza finanziaria, non soltanto ogni singola disposizione necessita di approvazione del *Bundestag*; in aggiunta, deve essere assicurato coi mezzi posti a disposizione che esista, in futuro, una sufficiente influenza parlamentare sulla forma e le modalità del rapporto» (*BVerfGE*, 129, 124, 180 s. – 07.09.2011, *Efs*).

La giurisprudenza ora citata individua così le condizioni di legittimità costituzionale nei rapporti tra Governo federale e *Bundestag*, garantendo il necessario coinvolgimento di quest’ultimo in tutte le scelte chiave di gestione della disciplina bilancistica.

L’aspetto ora citato, costituendo la declinazione “formale” e “procedurale” del principio democratico, è certo di primaria importanza, soprattutto nella misura in cui il ruolo di rappresentanza diretta del corpo elettorale del Parlamento sia inteso seriamente anche nella sua funzione di “controllo” sull’operato dell’Esecutivo.

Il profilo del *chi* e del *come* soltanto può decidere in una materia, come quella relativa alla sovranità di bilancio, facente parte del nucleo identitario del *Grundgesetz*, tuttavia, non parrebbe ancora assorbire completamente il profilo relativo al *cosa* può e soprattutto *non* può essere deciso.

3.2.2.– Oltre la procedura

Rispetto a limiti invalicabili *di contenuto* le indicazioni e le argomentazioni da parte del Tribunale costituzionale ritornano a farsi vaghe.

Al di là del dato formale della determinatezza (o della determinabilità) dell'impegno finanziario assunto, l'unico parrebbe quello, solo indirettamente contenutistico, della totale remissione della decisione di bilancio a una diversa competenza, col corrispettivo "svuotamento" interno delle facoltà decisionali dell'organo rappresentativo (da ultimo *BVerfG*, BvQ 17/13, 25 – 17.4.2013, *Zypern-Hilfe*).

Il quesito cui una precisa risposta sinora manca è se a escludere tale "svuotamento" possa *di per sé* bastare, con l'assenso del *Bundestag* espresso nei modi sopra precisati, il rispetto della *lettera* del *Grundgesetz* là dove prescrive (art. 115, comma 1) l'assunzione di garanzie possa avvenire solo «*per un importo certo o accertabile*», oppure se sussistano dei limiti contenutistici ulteriori.

È ipotizzabile, insomma, una soglia oltre la quale oltre la quale le garanzie assunte dalla Repubblica federale, seppur autorizzate con legge del parlamento e d'importo complessivo certo o accertabile, divengano di dimensioni tali da esporre al rischio di un "esproprio" *de facto* della responsabilità democratica per il bilancio non soltanto il *Bundestag* attuale, ma *ogni parlamento futuro*?

La questione finora è stata sostanzialmente aggirata dal Tribunale costituzionale federale, che si è trincerato dietro l'insindacabilità giudiziaria di decisioni "politiche" del *Bundestag* ed enunciando soltanto, per il rinnovato tramite di formule valutative, una dottrina dei "limiti esterni" priva dei criteri per la sua applicazione e dunque contenutisticamente vuota.

Va da sé che qui non sia in questione l'esigenza, anch'essa di livello costituzionale, di arrestarsi davanti al confine della *political question*, con la connessa preoccupazione della Corte costituzionale federale di non sbilanciarsi ulteriormente in indicazioni numeriche circa i limiti massimi delle possibili garanzie (e dei relativi rischi di perdite per la Repubblica Federale).

Nessuna di queste considerazioni, tuttavia, parrebbe giustificare in prospettiva un ulteriore protrarsi dell'attuale grado di opacità argomentativa, alla quale almeno sotto alcuni rilevanti aspetti sembrerebbe possibile porre rimedio valorizzando la connessione della decisione di bilancio con principi costituzionali "supremi" ulteriori rispetto a quello *democratico*, come quello dello stato *sociale* e della tutela dei connessi *diritti fondamentali* (LUCIANI 2013; MORRONE 2014).

È proprio la giurisprudenza del tribunale federale, d'altro canto, a suggerire che per questa via si possano almeno in parte contemperare le esigenze di parametri quantitativi e quelle della discrezionalità legislativa, come già è accaduto nel caso della celebre sentenza *sull'Existenzminimum* (BVerfGE 125, 175 – 09.02.2010, *Hartz IV*), che ha esplicitato l'obbligo costituzionale di garantire per legge, attraverso un procedimento trasparente, comprensibile e commisurato alla situazione di fatto «i presupposti materiali indispensabili per la propria esistenza fisica e per una partecipazione minima alla vita sociale, culturale e politica».

Se si considera che la legislativa di tale imperativo costituzionale ha portato alla fissazione di un "contributo esistenziale minimo" mensile *quantificato legislativamente* (cfr. BUTTERWEGGE 2014: § 6.3.), l'esempio è d'aiuto per mostrare come volendo sia possibile inferire da principi supremi come quello della dignità umana e dello stato sociale, certo non irrilevanti anche in tema di sovranità di bilancio, dei limiti quantitativi apprezzabili che fungano da vincoli assoluti per qualsiasi politica finanziaria.

Se insomma parrebbe difficile pretendere all'indicazione di *cifre fisse* da parte di una giustizia costituzionale rispettosa della discrezionalità legislativa, questo non esclude che si possano comunque vedere enunciati con chiarezza dei *limiti quantitativi*

od *oggettivi*, i quali possono essere prefigurati dallo stesso Tribunale costituzionale e magari fissati dal legislatore con formule contenenti delle variabili da aggiornare a séguito dell'accertamento empirico delle mutate condizioni.

4.– La sovranità “limitata” di bilancio come principio supremo fra ordinamenti nazionali e integrazione europea

Da quanto s'è finora osservato parrebbe possibile offrire una prima risposta al problema cui questo intervento deve il suo titolo.

Certamente un fascio qualificato di prerogative decisionali in materia di bilancio parrebbe strutturalmente sottratto alla possibilità di auto-vincolamento da parte del legislatore di revisione costituzionale.

Questo nucleo di libertà “sovrana” di bilancio parrebbe però coincidere con un insieme assai circoscritto di regole, più che altro di matrice procedurale, mentre la relativa dimensione sostanziale che forse ancora non parrebbe essere stata indagata in tutta la sua profondità.

Il punto di partenza di qualsiasi indagine parrebbe comunque la constatazione che la sovranità di bilancio nel moderno stato costituzionale nasce ormai “limitata: non basterà dunque lamentarne una generica compressione per provare la violazione d'un principio supremo.

Né, allo stato dei fatti, il principio supremo della sovranità “limitata” di bilancio parrebbe opporsi automaticamente alle recenti politiche concordate a livello europeo e ai cambiamenti che, sulla base di tale “stimolo”, sono stati introdotti a livello costituzionale in molti ordinamenti.

Da una parte l'esigenza di vincoli, anche e soprattutto all'indebitamento, parrebbe il possibile oggetto d'una politica nazionale virtuosa costituzionalmente ammissibile *anche a prescindere dall'Europa* e non parrebbe *di per sé* necessariamente contrastare col principio democratico.

E conclusioni analoghe parrebbero suggerirsi anche con riferimento al principio dello stato sociale, almeno se si pensa a come sono state concretamente strutturate le

riforme costituzionali, le quali tengono nel debito conto i periodi di “congiuntura” o “ciclo economico”, attestando quanto meno un certo grado di flessibilità dei relativi vincoli (v. RAFFIOTTA 2013; GIUPPONI 2014).

Ci si potrebbe naturalmente chiedere se la “ricetta europea” che si è proposta nei tempi recenti sia, da un punto di vista economico, *l’unica* o comunque *la migliore* per uscire dalle difficoltà del presente periodo economico.

Anche qui il discorso – che spesso sfugge alle stesse possibilità di comprensione dei costituzionalisti, compromettendone le possibilità d’analisi – parrebbe da affrontare con un maggiore tasso di tecnicità e sulla base di dati e modelli chiaramente identificati nei loro elementi costitutivi e ragionevolmente verificabili quanto ai relativi percorsi e capacità predittiva.

Una seria mappatura degli stessi ed un loro confronto ragionato parrebbe del resto costituire la condizione necessaria tanto per una scelta razionale da parte dei soggetti politicamente responsabili, quanto per un controllo sull’operato di questi ultimi operato dalla dottrina e, nei limiti delle sue competenze, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

In tal modo quest’ultima potrebbe non tanto dettare discrezionalmente “in positivo” i criteri applicativi delle formule valutative di matrice economica che più volte abbiamo incontrato in questo percorso, bensì “in negativo” escludere la liceità di quelle scelte politiche che – anche in un quadro di modelli economici plurimi e in reciproca competizione – siano qualificati negativamente (quanto agli effetti) da *tutti* i modelli in (credibile) competizione.

In questo senso, per lo meno nell’attuale situazione d’oggettiva incertezza, parrebbe comunque di poter concludere che la scelta più “europeista” di gestione della crisi attualmente adottata dai governi e dai legislatori nazionali, seppure *non costituzionalmente necessitata*, parrebbe *costituzionalmente compatibile* in quanto rientrare negli “spazi discrezionali epistemici” (ALEXY 2012: 645 ss.) garantiti al legislatore e sottratti alla possibilità di sindacato/riformulazione da parte della Corte costituzionale.

Evidentemente non è una strada senza rischi, ma allo stato parrebbe forse l'unica coerente con l'insieme dei principi costituzionali coinvolti.

Riferimenti bibliografici

ALEXY, Robert (1998). *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè.

ALEXY, Robert (2012). *Teoria dei diritti fondamentali*. Bologna: il Mulino.

BUTTERWEGGE, Christoph (2014). *Krise und Zukunft des Sozialstaates*. Wiesbaden: Springer VS.

CARTABIA, Marta (1995). *Principi inviolabili e integrazione europea*. Milano: Giuffrè.

DWORKIN, Ronald (2010). *I diritti presi sul serio*. Bologna: il Mulino.

GIUPPONI, Tommaso Francesco (2014). "Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione", in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 51 ss.

GUASTINI, Riccardo (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.

LUCIANI, Massimo (2013). "Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini", in *Astrid Rassegna*, 3, www.astrid-online.it/rassegna, p. 1 ss.

MORRONE, Andrea (2013). "Pareggio di bilancio e stato costituzionale", in *Lavoro e diritto*, 2013, p. 357 ss.

MORRONE, Andrea (2014). "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 79 ss.

PEDRINI, Federico (2014). *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*. Prima ristampa riveduta e corretta. Bologna: Bononia University Press.

RAFFIOTTA, Edoardo Carlo (2013). *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*. Bologna: Bononia University Press.

RAZZANO, Giovanna (2006). "Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili", in *Diritto e società*, 2006, p. 587 ss.

VIGNUDELLI, Aljs (2011). *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*. Torino: Giappichelli.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: QUALE MODELLO DI GESTIONE?

Maria Antonella Gliatta

*Assegnista di ricerca in diritto pubblico dell'economia
Università degli Studi del Molise*

Sommario:

1. Introduzione.
2. L'equilibrio costituzionale fra pubblico e privato in tema di gestione dei servizi pubblici.
3. Trend di legislazione: la concorrenza per e nel mercato.
4. Focus su una disciplina di settore: i rifiuti solidi urbani.
 - 4.1. Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti in materia ambientale come deroga alla concorrenza.
5. Qualche idea su un alternativa di gestione.

Abstract in italiano

Il contributo intende indagare l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali, con particolare riguardo alla complessa vicenda della gestione dei servizi di smaltimento e di rimozione dei rifiuti. Verrà, quindi, seguita la complessa vicenda legislativa e giurisprudenziale che interessa la materia dei servizi pubblici e, *in species*, quella dei servizi pubblici locali attraverso il filo rosso rappresentato dalle coppie dicotomiche privato/pubblico, pubblico/comune, cittadino/utente, Stato/mercato. L'esame dell'evoluzione legislativa sarà, infatti, la sede per l'analisi delle diverse opzioni sottese alla regolazione giuridica del rapporto fra diritti, Stato e mercato e della distanza fra il dettato costituzionale e le regole dell'integrazione europea. Il *focus* sulla gestione dei servizi di smaltimento e rimozione dei rifiuti urbani servirà, poi, ad indagare quella che da subito può essere definita una zona d'ombra, sottratta alla piena applicazione dei principi europei di concorrenza e di efficienza dei servizi. Si tenterà, quindi, di declinare il principio di sussidiarietà nei termini di una gestione partecipata più conforme al dettato costituzionale.

Resumen en español

El trabajo tiene como objetivo investigar el marco actual de los servicios públicos locales, con especial atención a los servicios de tratamiento de residuos urbanos. El análisis se introduce a través del contraste de los significados de público/privado, público/común, ciudadano/usuario y Estado/mercado. Se investigará la relación entre los derechos, el Estado y el mercado, en el contexto de la Constitución italiana y las reglas de integración europea. El enfoque en la gestión de los servicios y el servicio de tratamiento de residuos urbanos será la vía para analizar un área de servicio público en el cual los principios europeos de competencia y eficiencia no se han aplicado plenamente. Finalmente, se tratará de rechazar el principio de subsidiariedad en términos de una gestión participativa más compatible con la Constitución italiana.

Abstract in English

The work aims to investigate the current framework of local public services, with particular regard to the service of urban waste treatment. We will begin the analysis through the opposite meanings of private/public, public/common citizen/user, State/market. We will investigate the relationship between rights, state and market and the distance between the Italian Constitution and the rules of European integration. The focus on the service management and the service of urban waste treatment will be the way to analyze an area of public service in which the European principle of competition and efficiency have not fully been implemented. In the end, we will try to decline the principle of subsidiarity in terms of a participatory management more compatible with the Italian Constitution.

1.- Introduzione

La trattazione del tema in oggetto chiede di rispondere ad una preliminare domanda, ovvero: perché parlare dei servizi pubblici locali in una sezione dedicata a “Governo dell’economia e sostenibilità della società del benessere”? La risposta alla domanda è di tutta evidenza se solo si ha riguardo alla circostanza per la quale le più recenti discipline della materia sono contenute in provvedimenti che riguardano direttamente la spesa pubblica. Per esempio, si consideri che il d.l. n. 138 del 2011 titolava “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo” e conteneva all’art. 4 un importante intervento sulla gestione dei servizi pubblici locali. Il dato – solo accennato – dimostra chiaramente come l’instabilità che caratterizza lo sviluppo legislativo in tema è conseguenza non tanto di un affannoso tentativo di razionalizzazione dei modelli gestori, ma della scelta politica di riduzione della spesa pubblica e degli interventi di sostegno sociale (RAFFIOTTA E., 2014). Per parafrasare il titolo della sezione cui questo contributo si inserisce, le alterne vicissitudini che hanno riguardato la disciplina legislativa dei servizi pubblici sono spia di una evidente contrazione dello spazio in cui opera la soprannominata “società del benessere”. Insomma, rientrano in quella politica della crisi che tanto pare conformare l’attuale azione del potere pubblico nella particolare contingenze economica (GRASSO, 2012).

Questa preliminare considerazione finisce inevitabilmente per pre-giudicare l’analisi delle più recenti riforme, ma al converso chiarificando offre il facile appiglio per lo sviluppo di suggestioni alternative al binomio *privatizzazione – tagli alla spesa pubblica*. L’intento di questo intervento sarà, infatti, quello di proporre una diversa idea di gestione dei servizi pubblici locali che da pur noti presupposti arrivi ad esiti diversi attraverso una rivalutazione del paradigma costituzionale in tema di relazioni fra pubblico e privato.

2.- L’equilibrio costituzionale fra pubblico e privato.

Le riforme succedutesi negli anni, a partire dalla originaria formulazione dell’art. 113 TUEL fino alla più recente disciplina contenuta nell’art. 4 del decreto legge 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011, interrogano con problematicità su quale

equilibrio sia andato consolidandosi fra dimensione economica privata e intervento pubblico e tra queste e il progetto egualitario su cui è fondata la Repubblica. Il disegno costituzionale tracciato dagli artt. 41, 42 e 43 della Costituzione, oggetto di interpretazioni ora più originaliste e interventiste, ora più flessibili alle esigenze dello sviluppo liberista rivela un preciso equilibrio fra intervento pubblico e iniziativa privata, tra programmazione economica e libero esercizio del mercato, fra interesse individuale e interesse collettivo.

Ma agli stessi esiti conduce una più complessiva considerazione del quadro costituzionale. L'interpretazione sistematica del titolo III dedicato ai rapporti economici con il quadro tracciato nella prima parte della Costituzione riferisce, infatti, di una felice saldatura tra economia e politica tesa alla realizzazione del progetto costituzionale, già nella disposizione di apertura della Carta.

Il lavoro, posto dall'art. 1 Cost. a fondamento della Repubblica democratica è, infatti, un argomento assai concludente nella ricostruzione dell'equilibrio politico-economico voluto dai Costituenti. La libertà politica evocata dall'accezione democratica della forma di Stato viene, infatti, radicata su una categoria economica di prima grandezza e questa assunta in funzione strumentale al progetto di costruzione della nuova unità politica e sociale inaugurata nel 1948 (LUCIANI, 2011).

Allo stesso programma e alla stessa strumentalità tra dimensione economica e dimensione politica accenna l'art. 3, secondo comma Cost. Quando questo impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscano il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica, economica e sociale non fa altro che delineare due modelli di società alternativi, una preesistente e una da instaurare (ATRIPALDI, 1974). L'intervento pubblico – regolatore e propulsivo – legittimato da una compiuta ed effettiva dimensione partecipativa, è quindi pensato come imprescindibile momento costruttivo della società egualitaria.

E ancora – e senza soluzione di continuità – allo stesso programma d'intervento fa riferimento anche l'art. 41 Cost. L'innegabile assunzione di un metodo capitalistico

come sistema economico esistente viene, infatti, strumentalmente connesso alla realizzazione del nuovo vincolo politico attraverso la previsione di quei programmi e controlli che troviamo indicati nel comma terzo della disposizione in esame. L'intervento pubblico prefigurato è anche qui significativamente orientato alla realizzazione dell'utilità sociale, paradigma del nuovo modello societario.

Della stessa idea è informata la stesura dell'art. 43 Cost., ma la sede non ci permette di indagare con completezza le pur articolate interpretazioni di quella che viene denominata costituzione economica, eppure possiamo assumere come punti fermi gli esiti di alcune di queste ricostruzioni. In tal modo, due assunti, guideranno l'indagine: la accertata costituzionalizzazione della programmazione economica pubblica e la sua finalizzazione al progetto emancipatorio previsto dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione.

3.- Trend di legislazione: la concorrenza per e nel mercato

L'indagine si muove all'interno di una disciplina legislativa che dalle origini mostra i caratteri dell' "instabilità" (MERUSI, 1990) e pone di fronte alle seguenti domande: come il legislatore ha configurato l'intervento dei poteri pubblici nell'erogazione delle pubbliche utilità? Quale grado di conformità conserva rispetto al modello costituzionale? Quale sembra essere il modello di gestione auspicabile?

Il primo intervento normativo in tema fu l'art. 22 l. 142 del 1990 che, oltre ad offrire una prima definizione di servizio pubblico locale attraverso l'adozione di un criterio soggettivo, uno oggettivo e uno finalistico (l'art. 22, comma 1, prevede che i comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali), offrì agli enti locali l'alternativa di gestione attraverso società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si fosse reso opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

L'ingresso del modello privatistico - societario nella gestione dei servizi pubblici locali venne, poi, riconfermato dall'art. 12 della l. n. 498 del 1992 ai sensi del quale gli enti locali potevano costituire società di capitali senza il vincolo della partecipazione di capitale pubblico, con l'obbligo del ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato. La previsione mirava ad accentuare l'uso del modello di gestione misto (pubblico/privato) allo scopo di assicurare l'ingresso di capitali privati e allo stesso tempo gravare il socio scelto dal mercato della responsabilità di gestione, mantenendo tuttavia una partecipazione pubblica. Il D.P.R. 533 del 1996 specificò le modalità di svolgimento della gara e la partecipazione azionaria minima per il socio privato. L'art. 113 del d.lgs. 267 del 2000 (TUEL) nella sua originaria formulazione nulla di nuovo aggiunse rispetto alla disciplina contenuta nella l. n. 142 del 1990. Nel 2001, poi, fu completamente modificato dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001. Il nuovo intervento distingueva preliminarmente i servizi pubblici a rilevanza industriale e quelli privi di rilevanza industriale, preconizzando l'attuale distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica. Per i primi, per definizione idonei ad incidere sul corretto funzionamento del mercato, veniva generalizzata la regola della gara ad evidenza pubblica e prevista la regolamentazione dei livelli dei servizi e dei relativi controlli per il tramite dei cd contratti di servizio, allegati al bando. Per i secondi, continuava a valere la regola dell'affidamento diretto così come declinata nella l. n. 142 del 1990.

Con l'art. 14 del dl. 269 del 2003 una nuova, ma non meglio specificata nozione di rilevanza economica, segnava il *discrimen* tra modelli di gestione. Per i servizi a rilevanza economica, si prevedeva il conferimento della titolarità del servizio, in alternativa, a

- 1) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- 2) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza

secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

3) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

La discrezionalità dell'opzione era indiziata dall'alternatività dei modelli, per cui l'Ente locale era libero di scegliere se privatizzare in tutto o in parte il servizio (1 e 2) o privatizzare solo formalmente (3), affidando il servizio ad una società che funzionasse come *longa manus* della struttura amministrativa. E' quest'ultimo il modello c.d. della gestione *in house providing* i cui contorni e caratteri essenziali sono stati ben delineati da una giurisprudenza della Corte di Giustizia che – senza indugio – potremmo definire costante. Il *leading case* è rappresentato dalla sentenza Teckal 18 novembre 1999, causa C-107/98, per la quale – ai fini della legittimità dell'affidamento – , l'ente pubblico deve esercitare sulla società affidataria del servizio “un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi” e questa deve realizzare “la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali controllanti”. La relazione tra Ente affidante e società affidataria viene, poi, specificata in pronunce successive. La Corte ha ritenuto che il requisito del controllo analogo non possa sussistere quando la società sia partecipata da privati, dal momento che “qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati”, diversamente da quanto accade nel “rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi”, il quale “sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico” (sentenza Stadt Halle del 2005, par. 50). O, ancora, che per aversi “controllo analogo” non è sufficiente la “dipendenza finanziaria”, ma rilevano anche profili gestionali: l'ente locale deve essere dotato di particolari poteri di controllo sull'attività del consiglio di amministrazione, più ampi e penetranti rispetto a quelli comunemente riconosciuti alla maggioranza dei soci dal diritto societario (sentenza Parking Brixen del 2005). Quanto al requisito della prevalenza dello svolgimento dell'attività a favore dell'ente pubblico conferente, la

Corte di Giustizia ha chiarito che lo svolgimento da parte della società di proprietà pubblica di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti (diverse dagli enti pubblici controllanti) renderebbe la società stessa attiva sul mercato, alterando le regole concorrenziali rispetto agli altri operatori (sentenza Carbotermo del 2006)¹.

L'alternatività tra le modalità di gestione indicate dalla disciplina del 2003 è sciolta a tutto favore di una precisa graduazione delle scelte pubbliche, definite in uno schema di regola/eccezione con l'art. 23 bis del d.l. 112 del 2008. Viene, infatti previsto che la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (v. su nozione oggettiva di rilevanza economica, Corte Cost. 325 del 2010) venga affidata in via ordinaria a società in qualunque forma costituite individuate mediante procedura ad evidenza pubblica e a società miste pubblico/private a condizione che il socio venga scelto con gara, che questa fissi "gli specifici compiti operativi connessi alla gestione" e che detenga una partecipazione azionaria non inferiore al 40 per cento; in via

¹ I caratteri della relazione fra ente pubblico e società affidataria sono stati chiariti recentemente da una rilevantissima pronuncia del Consiglio di Stato sulla giurisdizione del giudice contabile. Ci riferiamo alla sentenza 25 novembre 2013, n. 26283 di cui si riporta la massima:

La Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

2. Le società in house hanno della società solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società.

3. Gli organi delle società in house sono preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, sicché è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

4. Non essendo possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità.

d'eccezione e, quindi, derogatoria, la gestione del servizio può essere affidata ad una società *in house* con il rispetto dei già riferiti canoni europei.

La riscrittura del sistema di gestione dei servizi pubblici locali con una decisa preferenza per la gestione privata e una altrettanto decisa marginalizzazione dell'affidamento diretto o *in house*, risponderebbe ad un nuovo modello costituzionale delle relazioni fra pubblico e privato delineato dall'art. 118, ultimo comma, Cost., così come riformato dalla l. cost. 3 del 2001. Tuttavia, l'ideologia della privatizzazione come *regola* pare non rispettosa dell'assetto costituzionale.

Basti considerare i dubbi che autorevole dottrina muove sulla coincidenza soggettiva fra i servizi di interesse generale previsti dalla riformata disposizione costituzionale e i servizi c.d. a rilevanza economica (CERULLI IRELLI, 2003) per vedere rafforzata l'opinione per cui la relazione pubblico/privato in tema di servizi pubblici è disegnata in altri luoghi della Costituzione (*in species*, come abbiamo visto artt. 41, 42, 43 e, ovviamente, art. 3 Cost.). E non si ritiene nemmeno sufficiente considerare bilanciabile il principio di sussidiarietà orizzontale con altri principi costituzionali quali il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma Cost. (in tal senso, RESCIGNO, 2002). Ove, infatti, si considerassero questi come entrambi possibili elementi di una schema informatore della decisione pubblica, si ammetterebbe la loro equiordinazione che, invece, pare esclusa – non foss'altro – dal più semplice argomento che considera la loro diversa collocazione nella Carta costituzionale. L'equilibrio costituzionale esistente fra la dimensione pubblica e quella privata nella erogazione dei servizi a rilevanza economica, infatti, non potrebbe essere preservato se si ritenesse valido il rapporto di regola ed eccezione intercorrente fra il criterio della gestione privata e quello dell'obbligo di eguagliamento gravante sulla Repubblica ex art. 3, secondo comma Cost.

Rimane, invece, più convincente quella ricostruzione che limita l'estensione oggettiva delle "attività di interesse generale" (CAMERLENGO, 2006), finanche a quelle supportate sul piano giuridico da attività negoziale e caratterizzate dalla non essenzialità del fine di lucro (CERULLI IRELLI, 2003). Tale restrizione dell'oggetto rende,

infatti, debole la particolare declinazione del principio di sussidiarietà come *regola* dell'intervento del privato in tema di servizi a rilevanza economica.

L'ultimo tassello della complessa vicenda legislativa – per ora – è segnato dall'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis* nel giugno 2011 e dalla dichiarazione di illegittimità dell'art. 4 d.l. 138 del 2011, nel frattempo intervenuto a nuova disciplina della materia. L'ammissibilità dei quesiti derivava dall'assenza del vincolo comunitario che, viceversa, avrebbe inibito la consultazione referendaria (in questo senso, sentt. 31, 41 e 45/2000 che hanno ritenuto non ammissibili richieste di *referendum* che miravano all'abrogazione di una normativa interna «avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano il soddisfacimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione europea, ove tale abrogazione lasci quest'ultimo del tutto inadempito»).

Per la Corte, infatti, la scelta tra gestione pubblica o privata del servizio non si configura come comunitariamente imposta, richiedendo il diritto dell'Ue il rispetto delle regole della concorrenza e lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica solo ove lo Stato opti per il modello privatistico- societario di gestione del servizio (in questo senso, Corte Cost. 24 del 2011, ma precedentemente e in senso conforme, seppur con il già rilevato elemento distonico e contraddittorio della nozione oggettiva di rilevanza economica, Corte Cost. sent. 325 del 2010). All'abrogazione per via referendaria, quindi, residuava una normativa di risulta che riapriva alla scelta statale fra i due modelli di gestione.

Il legislatore è, tuttavia, intervenuto nuovamente con il dl 138 del 2011, il quale all'art. 4 ha, da un lato, fissato come obiettivo la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, dall'altro previsto una più rigida applicazione del modello privatistico. La deroga alla procedura ancora una volta ordinaria di esercizio del servizio è, infatti, ammissibile a condizioni più stringenti di quelle previste dalla pregressa disciplina. L'affidamento *cd in house*, per il resto configurato con i già noti presupposti europei del “controllo analogo”, risulta, infatti, ammissibile solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui.

La restrizione legislativa, ritenuta lesiva, di un presunto divieto di ripristino della normativa abrogata (DELLA MORTE, 2012) , è stata caducata dalla Corte nella sent. 199 del 2012, con la conseguenza che la normativa applicabile, in assenza di un nuovo intervento del legislatore, è costituita dalle norme e dai principi generali desumibili dall'applicazione diretta del diritto dell'Unione europea e conseguentemente l'ammissione di "ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)". Pertanto, ad oggi, la normativa di riferimento per la gestione dei servizi pubblici è costituita dalla normativa comunitaria in materia – sicuramente meno restrittiva rispetto a quella oggetto di censura nella sentenza in esame – ed in particolare, dai principi di cui agli art. 106 e 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Il Consiglio di Stato ha chiarito l'attuale situazione² con la sentenza 10 settembre 2014, n. 4599 ribadendo il diritto vigente sull'affidamento dei servizi locali di rilevanza economica dopo che la Corte Costituzionale (sentenza 199/2012) ha

² Su tale situazione è poi intervenuto l'art. 34, commi 20-25, del D.L. 179/2012, convertito dalla L. 221/2012 con modificazioni, che ha previsto che l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia basato su una relazione dell'ente affidante, da rendere pubblica sul sito internet dell'ente stesso. Nella relazione devono essere indicate le ragioni della forma di affidamento prescelta e deve essere attestata la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo. Dalla relazione devono risultare gli specifici obblighi di servizio pubblico e di servizio universale.

Specifiche disposizioni sono previste per gli affidamenti già effettuati e tuttora in corso, che prevedono obblighi di conformazione e scadenze.

Da tale disciplina sono espressamente esclusi i servizi di distribuzione di gas naturale e di distribuzione di energia elettrica, nonché quelli di gestione delle farmacie comunali.

E' stato inoltre novellato l'articolo 3-bis del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 riservando esclusivamente agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, per tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli del settore dei rifiuti urbani, le funzioni di organizzazione del servizio, di scelta della forma di gestione, di affidamento e controllo della gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza.

Infine, è estesa alle società operanti nella gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica la normativa concernente l'emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto di cui all'articolo 157 del D.Lgs. 163/2006, c.d. Codice degli appalti. Ulteriore fonte intervenuta nella materia, a fini di contenimento e controllo della spesa pubblica, è costituita dal D.L. 174/2012: l'art. 3 ha previsto che "i contratti di servizio, stipulati dagli enti locali con le società controllate, con esclusione di quelle quotate in borsa, devono contenere apposite clausole volte a prevedere, ove si verificano condizioni di deficitarietà strutturale, la riduzione delle spese di personale delle società medesime"; l'art. 1 ha stabilito che, in sede di controllo dei rendiconti delle regioni, le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti verificano che gli stessi rendiconti tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e di servizi strumentali alla regione.

dichiarato illegittimo il regime previgente delineato dall'articolo 4, Dl 138/2011, convertito in legge 148/2011 e successive modifiche. Attualmente, l'affidamento può avvenire: ricorrendo al mercato, cioè tramite gara pubblica o partenariato pubblico-privato (gara "a doppio oggetto" con cui si sceglie il socio privato e si affida il servizio), oppure con l'affidamento diretto *in house*. Se la pubblica Amministrazione decide di affidare il servizio "*in house*" e segue le regole sull'affidamento elaborate dalla Giurisprudenza europea (nonché "codificate" di recente dalla direttiva 2014/24/UE) la sua scelta non è sindacabile dal Giudice, a meno di irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti.

4.- Focus su una disciplina di settore: i rifiuti solidi urbani

Così tracciato il quadro della gestione dei servizi pubblici locali, emerge con tutta evidenza una decisa preferenza legislativa per il modulo della gestione privata del servizio e una decisa marginalizzazione dell'ipotesi della gestione diretta da parte dell'ente pubblico. Rispetto a questo schema appare interessante l'analisi – anche se solo strumentale – di una disciplina di settore rilevante come quella della gestione dei rifiuti solidi urbani³. Se, infatti, l'evoluzione legislativa traccia un preciso assetto fra pubblico e privato, forse in linea con le intenzioni del legislatore costituzionale del 2001 (ci riferiamo al nuovo 118 Cost, FROSINI, 2000), ma poco in linea con gli equilibri della prima parte della Costituzione, la regolamentazione di servizi quali quelli di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani presenta significativi elementi di discostamento da quello schema.

Alla prepotente affermazione dei principi di concorrenza nel mercato e di trasparenza nella scelta del socio privato si sostituisce uno schema in cui l'organo politico di vertice interviene nella scelta *diretta* del gestore, ma senza il rispetto delle regole sull'evidenza pubblica. Uno schema in cui il regolatore pubblico non interviene a

³ Il tema dello smaltimento dei rifiuti urbani è da ultimo entrato nel c.d. Sbocca Italia decreto-legge n. 133 del 12 settembre 2014, conv. l. 11 novembre 2014 n. 164) art. 35 rubricato "Misure urgenti per la realizzazione su scala nazionale di un sistema adeguato e integrato di gestione dei rifiuti urbani e per conseguire gli obiettivi di raccolta differenziata e di riciclaggio. Misure urgenti per la gestione e per la tracciabilità dei rifiuti nonché per il recupero dei beni in polietilene".

sostegno dell'erogazione del servizio, ma al fine dell'esercizio di un potere che sovente assume le forme di un funzionamento patologico e clientelare del sistema.

Si contano, infatti, numerose ordinanze di Sindaci adottate ai sensi degli artt. 50, comma 5⁴ e 54 comma 4⁵ del TUEL e in forza della specifica previsione di cui all'art. 191 del Codice dell'Ambiente⁶ in cui, derogando alle regole che presiedono le procedure ad evidenza pubbliche come descritte dal Codice degli appalti e come imposte dalla direttive europee, si dispone l'affidamento diretto dei servizi o la proroga dei contratti. La sospensione delle regole di concorrenza per la scelta del

⁴ In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

⁵ Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono tempestivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione.

⁶ Ai sensi dell'art. 191 del d.lgs. 152 del 2006 ai sensi del quale "ferme restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, qualora si verificino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. Dette ordinanze sono comunicate al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, al Ministro della salute, al Ministro delle attività produttive, al Presidente della regione e all'autorità d'ambito di cui all'articolo 201 entro tre giorni dall'emissione ed hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi".

Art. 191, comma 2. Entro centoventi giorni dall'adozione delle ordinanze di cui al comma 1, il Presidente della Giunta regionale promuove ed adotta le iniziative necessarie per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti. In caso di inutile decorso del termine e di accertata inattività, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio diffida il Presidente della Giunta regionale a provvedere entro un congruo termine e, in caso di protrazione dell'inerzia, può adottare in via sostitutiva tutte le iniziative necessarie ai predetti fini.

Comma 3. Le ordinanze di cui al comma 1 indicano le norme a cui si intende derogare e sono adottate su parere degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali.

Comma 4. Le ordinanze di cui al comma 1 non possono essere reiterate per più di due volte. Qualora ricorrano comprovate necessità, il Presidente della regione d'intesa con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio può adottare, dettando specifiche prescrizioni, le ordinanze di cui al comma 1 anche oltre i predetti termini.

Comma 5. Le ordinanze di cui al comma 1 che consentono il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti pericolosi sono comunicate dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio alla Commissione dell'Unione europea.

privato gestore del pubblico servizio altera lo schema che ispira la disciplina generale dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel senso più critico. Il modello di gestione che ne risulta, infatti, è un modello che fonde gli elementi della gestione pubblica e quelli della gestione nel mercato *direttamente e senza* la mediazione della regolazione pubblica con l'inevitabile peggior risultato possibile.

Di quella strumentalità tra politica ed economia di cui si diceva riguardo all'art. 1 Cost. ne risultano vanificati gli obiettivi di eguagliamento sociale ed economico, residuando invece quelli connessi all'esercizio di un potere "a maglie larghe".

4.1.- Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti in materia ambientale come deroga alla concorrenza.

Il carattere contingente ed eccezionale delle ordinanze presuppone che, a tutela della sicurezza pubblica ed urbana, quiete pubblica e salute, non sia possibile reperire alcuno strumento ordinario per fronteggiare la situazione di pericolo imminente ed attuale. Ne segue che il presupposto cui il legislatore collega l'utilizzo delle stesse sia quello di un evento del tutto abnorme, accidentale, eccezionale. Sulla contingenza, si fondano entrambi gli articoli 54 e 50 T.U.E.L. qualora attribuiscono al Sindaco il medesimo potere di intervento.

Inoltre, l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti deve rispondere alla eccezionalità, infatti, ai sensi dell' art 50, comma 5 del D.lgs. 265/2000, deve sussistere l'esigenza di tutelare il bene pubblico con efficacia ed immediatezza al punto da non consentire l'utilizzo dei mezzi ordinari offerti dall'ordinamento. I presupposti di fatto per l'esercizio del potere di ordinanza, quindi, coincidono con:

- a) pericolo imminente ed irreparabile ed attuale
- b) insufficienza dei mezzi ordinari.

Secondo l' orientamento giurisprudenziale prevalente: "L'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti ha carattere eccezionale e presuppone che non possa farsi fronte alla situazione di pericolo grave ed imminente per la popolazione con gli strumenti ordinari". La giurisprudenza dovrà valutare e verificare

caso per caso, l'impossibilità di usare i normali mezzi previsti dall'ordinamento (in questo senso, sent. Cons. Stato Sez. V 11 dicembre 2007 n. 6366; sent. Cons. Stato Sez. V 8 maggio 2007 n. 2109).

c) l'adeguatezza della misura tale da fare fronte alla situazione di rischio e pericolo da fronteggiare nel caso specifico. Riconosce il Consiglio di Stato, che " sono le esigenze obiettive che si riscontrano nel caso concreto che determinano la misura dell'intervento" e la soluzione deve corrispondere alle finalità del momento (sent. Cons. Stato Sez V n. 580 del 9 febbraio 2001).

d) proporzionalità.

d) motivazione

L'ordinanza contingibile ed urgente si caratterizza ancora per la temporaneità dei suoi effetti. La giurisprudenza, in materia di inquinamento acustico, già in precedenza aveva chiarito che "requisito dell'ordinanza ex art 9 L. 447/1995 è la temporaneità: l'atto, cioè è destinato a produrre effetti limitati alla durata della situazione di emergenza che si intende fronteggiare" (sent. Tar Lazio Latina 16 maggio 2005 n.413).

Rispetto a questo schema, in materia di gestione dei rifiuti solidi urbani i presupposti di contingibilità, eccezionalità ed urgenza ricevono dalla stessa giurisprudenza amministrativa una lettura più morbida con una conseguente estensione del potere sindacale ed un ampliamento delle situazioni sottratte alle regole comunitarie sull'evidenza pubblica.

Solo nel 2014 si contano svariate ordinanze di affidamento diretto della gestione del servizio di raccolta rifiuti. A solo scopo di rilevare la quantità di un fenomeno che per la sua portata derogatoria della disciplina sugli appalti pubblici si immagina abbia carattere circoscritto si vedano:

- ordinanza n. 5 del 2014 adottata dal Sindaco del Comune di Verzino di affidamento in via temporanea ed urgente del servizio di raccolta, trasporto e

conferimento presso impianto autorizzato dei rifiuti solidi urbani a seguito di revoca del contratto di appalto alla Ditta DE.Ri.Co. New Geo Srl

- ordinanza n. 8 del 2014 adottata dal Sindaco del Comune di Pallagorio (Provincia di Crotone)
- ordinanza n. 07 del 05/06/2014 adottata dal Sindaco del Comune di Borone (Nuoro).

Lo stesso vale per l'anno 2013:

- ordinanza n. 141 del 2013 adottata dal Sindaco del Comune di Bolotana (Nuoro)
- ordinanza n. 14 del 2013 adottata dal Sindaco del Comune di Cariati (Cosenza)
- ordinanza n. 162 del 2013 adottata dal Sindaco del Comune di Agrigento
- ordinanza n. 52 del 2013 adottata dal Sindaco del Comune di Marzano Appio

Di recente, una sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez I, 2.3.2013, n. 575, ribadisce che al di là dell'ordinario assetto dei compiti e delle funzioni amministrative, definito dal Codice dell'ambiente, è consentito ai sindaci di poter emettere provvedimenti di carattere contingibile ed urgente in materia ambientale, ma come la giurisprudenza ha precisato, in un circoscritto novero di ipotesi, quali a titolo esemplificativo:

a) "l'ordinanza contingibile ed urgente emessa dal Sindaco può essere adottata non solo per porre rimedio a danni già verificatisi in materia di sanità ed igiene ma anche per prevenire tali danni (le decisioni Consiglio di Stato sez. IV n. 926 del 21.11.1994, sez. V n. 1904 del 2.4.2001), come del resto espressamente previsto dall'art. 54 che consente tali provvedimenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini" (Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2003, n. 1831);

b) "la mancata attuazione della normativa in tema di pianificazione per lo smaltimento dei rifiuti - a prescindere da eventuali responsabilità per la mancata realizzazione - comporta una obiettiva situazione di emergenza non fronteggiabile in breve tempo con rimedi ordinari, sotto tale profilo si presenta legittimo l'esercizio del potere "extra ordinem" previsto dalla indicata normativa, da parte del Sindaco, al fine di far fronte all'emergenza rifiuti e scongiurare, in tal modo, situazioni di pericolo per la salute pubblica e l'ambiente" (TAR Sicilia - Palermo, 4 novembre 2009, n. 1726);

c) la proroga temporanea del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti solidi urbani (cfr. TAR Campania - Napoli, 21 giugno 2005, n. 8329).

È invece illegittima – in quanto emessa in violazione di ordinarie competenze dell'ente provinciale – l'ordinanza sindacale con la quale era stato ingiunto alla società affidataria "l'immediata sospensione dell'attività dell'impianto di recupero di rifiuti inerti mediante frantumazione e la relativa movimentazione dei mezzi", nel contempo prescrivendosi "di attuare tutti gli accorgimenti di tipo tecnico" relativi alla protezione dei rifiuti stoccati dall'azione del vento. L'ordinanza sindacale non poteva ricondursi ai poteri *extra ordinem* di cui all'art. 54 del T.U.E.L., essa infatti era stata fondata sull'incompatibilità urbanistica dell'impianto, adducendo che "l'attività svolta dalla ditta viene esercitata in una zona del territorio comunale classificata dal p.r.g. vigente come 'agricolo-boschiva' adibita ad agricoltura, per la quale le norme tecniche di attuazione vigenti non consentono l'insediamento di un'attività che rientra tra quelle classificate come insalubri di I classe". In realtà i presupposti per l'esercizio del potere ex art. 54 sono dati dalla urgente necessità di provvedere con efficacia di immediatezza nei casi di pericolo attuale od imminente e dalla sussistenza del carattere della "provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e a efficacia temporalmente limitata", mentre non è consentito emanare tali ordinanze "per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti, ovvero per regolare stabilmente una situazione od assetto di interessi permanenti".

Sulla stessa linea, in tema di servizio raccolta e trasporto rifiuti, sent. Tar Sardegna, Sez. I – 11 giugno 2011, n. 556 precisa che allorché in prossimità della scadenza della proroga il Comune contatti la società attuale affidataria del servizio al fine di acquisire la disponibilità ad un'ulteriore proroga del servizio, alle medesime condizioni economiche e tecniche in atto, nelle more della predisposizione degli atti e degli adempimenti necessari per l'affidamento mediante pubblica gara del nuovo servizio, e l'affidataria declini la proposta di ulteriore proroga, alla luce del disposto di cui all'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, onde evitare il pregiudizio derivante dall'impedimento alla partecipazione ad altre gare, è legittima l'ordinanza contingibile ed urgente assunta dal Sindaco ai sensi dell'art. 50, d.lg. n. 267 del 2000, al fine di

assicurare comunque la continuità del servizio di gestione dei rifiuti urbani, tenuto conto della qualità di servizio essenziale, non suscettibile di subire interruzioni; in tal caso l'avvenuto affidamento del servizio alla società per effetto di un provvedimento *extra ordinem*, assunto sulla base di presupposti di diritto del tutto diversi da quelli in base ai quali in via ordinaria si procede mediante proroga dell'affidamento in corso, non è assimilabile a tale ultima ipotesi e quindi non può costituire per la società istante impedimento per l'eventuale partecipazione ad altre gare (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 9 luglio 2010 n. 2906).

I paletti tracciati dalla giurisprudenza amministrativa sono, invero, non sempre fissi e le prevedibili distorsioni suggeriscono – *de jure condito* – l'adozione di accorgimenti legislativi che potrebbero rompere quello stretto (e aggiungerebbero incontrollato) legame che intercorre tra la scelta di gestione del Sindaco e le imprese operanti sul mercato. Ad esempio, potrebbero cogliersi quei suggerimenti che in senso analogo vengono presentati come correttivi del potere di ordinanza disciplinato dalla legge 225 del 1992 istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione civile per cui «il legislatore potrebbe istituire una sorta di sistema “Consip dell'emergenza”, attraverso cui selezionare, “a monte” e con la massima evidenza pubblica, gli imprenditori disposti ad erogare nelle varie parti del territorio nazionale (magari su base regionale e per tipologia di evento) i lavori, i servizi e le forniture che si possono rendere necessari nei contesti emergenziali, in modo che, al verificarsi della situazione contingibile e urgente, l'affidamento del contratto possa avvenire da parte della singola gestione commissariale in maniera semplificata ma allo stesso tempo controllata e pubblica» (Cardone, 2011).

In questa sede non può darsi conto della fitta giurisprudenza amministrativa, né delle contraddizioni che in cui la stessa pare incorrere se non come suggestione per avviarsi alle conclusioni.

5.- Conclusioni

Può immaginarsi un'alternativa di gestione che involga un significato utile di sussidiarietà orizzontale? Deve la sussidiarietà orizzontale necessariamente significare la dismissione del pubblico a favore di un modello privatistico?

Un corretto equilibrio fra pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici potrebbe, per esempio, passare per il tramite della ricezione di un significato di sussidiarietà orizzontale che concepisca come necessario il coinvolgimento della cittadinanza sia nella fase di programmazione che in quella di controllo degli esiti di gestione.

Sul primo versante, la sussidiarietà orizzontale potrebbe essere intesa come metodo deliberativo di adozione delle scelte pubbliche, per esempio ove si tratti di allocare gli impianti di smaltimento rifiuti (sullo schema della deliberazione sulle grandi opere) o – ancor meglio – nella programmazione dell'intera gestione di un ciclo alternativo di trasformazione dei rifiuti (BOBBIO, 2002), sullo schema dell'esperimento di programmi quali "RIFIUTILAB" che promuove il gruppo di lavoro di Agenda 21 Rifiuti 21Network.

Il gruppo di lavoro di Agenda 21 sui rifiuti (Rifiuti 21 Network) è una piattaforma informativa, coordinata dal Comune di Reggio Emilia, a cui partecipano anche le Province di Bologna, Ferrara, Reggio Emilia e Torino e i Comuni di Genova e Trento, insieme al Ministero dell'Ambiente e il Coordinamento Agende 21 Locali Nazionale ed ha come obiettivi di analizzare e approfondire le migliori pratiche per la riduzione a monte dei rifiuti ed il ruolo degli Enti Locali; di creare una rete per lo scambio di conoscenze ed esperienze in materia di raccolta differenziata; di sviluppare ulteriori nuove pratiche nel settore della gestione sostenibile della raccolta e differenziazione dei rifiuti; di favorire l'adozione di proposte e progetti che anche sul piano normativo promuovano la diffusione della raccolta differenziata e del riciclo eco-efficiente.

Il legislatore potrebbe, in tal modo, trasformare tali piattaforme informative e predisporre tavoli deliberativi in senso proprio allo scopo di coinvolgere la popolazione locale nella scelta di gestione, sfruttando il *know how* della cittadinanza attiva,

prevenendo utilmente il conflitto sul territorio, perseguendo maggiori livelli di sostenibilità ambientale.

Ma ancora sul piano della programmazione e riguardante tutta la materia dei servizi pubblici locali potrebbe essere valorizzata tutta l'esperienza di Agenda 21 locale quale piano di sviluppo economico sul territorio.

La sussidiarietà orizzontale potrebbe, poi, essere valorizzata come attivazione di un controllo di gestione da parte della cittadinanza e, quindi, *ex post*. Una via potrebbe essere, per esempio, la valorizzazione dell'attività delle Autorità di regolazione locale in una composizione partecipata dalla cittadinanza. E' il caso dell'Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, istituita dal Consiglio Comunale di Roma con Deliberazione n. 39 del 14 marzo 2002, la quale espleta funzioni di verifica e monitoraggio della qualità dei servizi e di supporto propositivo e tecnico-conoscitivo nei confronti del Consiglio Comunale, del Sindaco e della Giunta Comunale. In questo caso, una composizione partecipata di questi organi potrebbe rendere utili le funzioni di verifica e monitoraggio ad essi affidati.

Sono questi solo alcuni degli esempi di una possibile declinazione del principio di sussidiarietà che attraverso moduli di gestione partecipata ci appaiono le uniche compatibili con il dettato costituzionale.

Bibliografia

CARMERLENGO Q., *Art. 118*, Commentario Utet, Torino, 2006.

CATTANEO S., *Servizi pubblici*, voce in Enc. del diritto, XLII, 1990, Milano.

CARDONE A., *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della xvi legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2011.

CERULLI IRELLI V., *Sussidiarietà (dir.amm.)*, in Enc. giur., 2003.

BASSU C., *Sussidiarietà versus servizi pubblici: la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 4/2009.

BOBBIO L., *Come smaltire i rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberativa*, in *Stato e Mercato*, n. 64/2002.

DELLA MORTE M., *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in www.forumcostituzionale.it, 2012

MERUSI F., *Servizio pubblico*, in Nss. D.l., XVII, 1970.

FROSINI, T. E., *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in "Rivista giuridica del mezzogiorno", 2000, n. 1.

GRASSO G., *Il costituzionalismo della crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. IANNELLO C., *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Torino, 2005.

LUCARELLI A., *La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in www.federalismi.it, 2012

MANGIAMELI S., *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, in www.issrfa.cnr.it, 2007.

NAPOLITANO G., *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Economia dei servizi*, n.3/2010.

NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2009.

RAFFIOTTA E., *Il Governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2014

L'IMPULSO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA RIORGANIZZAZIONE DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO NAZIONALE: GLI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO.

Federico Laus
Università di Bologna

Sommario:

1. I vincoli comunitari agli ordinamenti nazionali;
 - 1.1. L'impulso dell'Unione Europea nella riorganizzazione della Pubblica Amministrazione;
2. La collaborazione pubblico privata;
 - 2.1. I principi del Trattato;
 - 2.2. L'applicazione nell'ordinamento nazionale italiano e spagnolo.

Abstract in italiano

L'IMPULSO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA RIORGANIZZAZIONE DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO NAZIONALE: GLI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO.

Negli ultimi decenni si è assistito ad una crescente intromissione delle politiche comunitarie nella definizione degli ordinamenti nazionali e tra gli interventi maggiormente significativi vi sono indubbiamente quelli che vincolano l'agire amministrativo di ciascun Stato membro.

Al proposito, risultano di particolare interesse le norme contenute nel TFUE che fissano alcuni principi fondamentali in tema di "amministrazione", riconoscendo il diritto dei cittadini ad una buona amministrazione e ad una gestione aperta, indipendente e efficace.

Tuttavia, gli interventi pubblici nella garanzia e attuazione dei diritti si sono dimostrati insufficienti e si è, pertanto, avvertita da più parti l'esigenza di individuare forme di intervento dei privati nell'esecuzione delle funzioni pubbliche, principalmente al fine di attrarre relativi capitali e competenze, la cui traduzione nella categoria della collaborazione pubblico privata ha ricevuto un impulso fondamentale da parte dell'Unione Europea.

Partendo proprio dal ruolo protagonista che l'Unione Europea ha ricoperto in materia amministrativa, nel presente contributo si intende, altresì, fornire alcune brevi osservazioni sul quadro normativo e di principio in tema di collaborazione pubblico privata, nonché sulle sue traduzioni applicative negli ordinamenti nazionali di Italia e Spagna.

Resumen en español

EL IMPULSO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REORGANIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS NACIONALES: LAS FORMULAS DE COLABORACIÓN ENTRE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO.

En las últimas décadas se ha producido una invasión cada vez mayor de políticas de la UE en la definición de las leyes nacionales y, entre las intervenciones más importantes, sin duda están las que afectan a la actuación administrativa de cada Estado miembro.

En este sentido, de particular interés son las normas contenidas en el TFUE, que establecen algunos principios básicos relativos a la "administración" y que reconocen el derecho del público a una buena administración y una gestión abierta, independiente y eficaz.

Sin embargo, las acciones de los gobiernos en la aplicación de los derechos y garantías han demostrado ser insuficientes y, por lo tanto, se consideró necesario identificar algunas formas de participación de los operadores privados en la ejecución de las funciones públicas, principalmente con el fin de atraer tanto su capital como sus habilidades específicas, cuya traducción en la colaboración público-privada ha recibido un importante impulso por la Unión Europea.

A partir del papel de liderazgo de la Unión Europea en materia administrativa, en este trabajo se harán algunas breves observaciones sobre el marco regulatorio y los principios de la colaboración entre el sector público y el privado, así como sobre su traducción en el ordenamiento nacional de Italia y España.

Abstract in English

ABOUT THE EUROPEAN UNION STIMULUS ON THE REORGANIZATION OF NATIONAL MANagements: FOCUS ON THE TOOLS OF COLLABORATION BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE SECTORS.

In recent decades there has been a growing encroachment of EU policies in the definition of national laws and, among the most important interventions, there are certainly those that affect the administrative action of the Member States.

In this regard, of particular interest are the rules contained in the TFUE, which define some basic principles for the “administration” topic and recognize citizens’ right to a good management and to an open, independent and effective administration.

However, existing forms of government intervention in the implementation of rights proved inadequate and, therefore, it is felt by many the need to find some forms of participation of private operators in the execution of public functions, mainly to attract their capital and skills, whose translation into public-private partnerships received a major boost by the European Union.

Setting out from the leadership role of the EU in administrative matters, in this paper is intended to provide some brief comments on regulatory framework and principles concerning the cooperation between the public and private sectors, as well as on their implementation into Italian and Spanish national laws.

1. I vincoli comunitari agli ordinamenti nazionali

Negli ultimi decenni si è assistito ad una crescente intromissione delle politiche comunitarie nella definizione degli ordinamenti nazionali e tra gli interventi maggiormente significativi vi sono indubbiamente quelli che, in attuazione dei principi fondamentali contenuti nei Trattati, vincolano l'agire amministrativo di ciascun Stato membro.

In sostanza, è ormai evidente come, seppur conservando una propria sovranità nazionale, lo Stato, nella sua duplice veste di controllore e garante dei servizi al cittadino, sia fortemente condizionato dalla politica e dalla legislazione UE.

Tale considerazione impone alcune riflessioni sull'effetto che tale relazione produce nella fruizione dei servizi e nell'effettività dei diritti del cittadino.

E nondimeno richiede alcune brevi osservazioni sul rapporto vincolante instauratosi tra Stati membri e UE nell'amministrazione della "cosa pubblica".

Avviando la trattazione sull'impulso fornito dall'iniziativa comunitaria, occorre inquadrare, seppur brevemente, il fenomeno interattivo tra diritto comunitario e diritto interno nazionale.

Infatti, nonostante i principi, concernenti le regole di applicazione del Diritto dell'UE e del Diritto degli Stati membri, siano solo abbozzati nei Trattati, la Giurisprudenza della Corte di Giustizia ha esteso l'efficacia diretta, prima attribuita ai soli regolamenti, inizialmente nei confronti dei Trattati e successivamente con riferimento anche agli altri atti derivati.

In sostanza, tale operazione si fondò principalmente su due osservazioni, ossia sull'impegno assunto dai Paesi membri, in qualità di contraenti, ad astenersi da qualsiasi comportamento contrario ai principi fissati nei trattati, nonché sul riconoscimento al Diritto Comunitario di una autorità idonea ad essere invocata dai cittadini degli Stati stessi davanti ai suoi organi giurisdizionali.

L'intervento della Corte ha così affermato la costituzione di un nuovo ordinamento giuridico fondato sulla cessione di sovranità degli Stati firmatari in favore della Comunità.

Orbene, da tali osservazioni procede l'analisi degli effetti della legislazione europea sugli ordinamenti nazionali, con particolare riferimento al tema della riorganizzazione dell'amministrazione pubblica quale garante e erogatrice di servizi pubblici.

1.1. L'impulso dell'Unione Europea nella riorganizzazione della Pubblica Amministrazione

Che la gestione della "cosa pubblica" sia il cuore dell'attività di uno Stato moderno è asserzione quanto mai condivisibile.

Che l'esclusività di tale funzione in capo allo Stato membro dell'Unione Europea si sia attenuata, in ragione della parziale cessione di sovranità nazionale, è osservazione che sorge su impulso della prassi e della cronaca politico-legislativa.

Pertanto, nell'analizzare il processo riformatore del diritto amministrativo nazionale, non può non individuarsi un parallelismo con l'evoluzione della politica comunitaria.

Come evidenziato dal nuovo presidente della Commissione europea, Jean-Claude Juncker, all'interno del Piano recentemente presentato al Parlamento europeo, occorre rilanciare la crescita economica e produrre investimenti senza produrre nuovo debito pubblico.

Questa è la sfida che viene lanciata alla odierna Unione Europea, ai suoi organi, nonché alla classe politica dei Paesi membri.

Tale sollecitazione si inserisce perfettamente nel quadro della legislazione della crisi¹, ossia nell'ambito delle riforme di revisione della *governance* sollecitate dalla crisi economica.

¹ G. GRASSO, (2012).

In tale percorso, tuttavia, l'esigenza di contenimento della spesa pubblica ha obbligato spesso i singoli Stati ad adottare riforme discontinue, dovute all'ansia della correzione del bilancio, il che ha richiesto un intervento di indirizzo da parte dell'Unione Europea.

L'intenzione comunitaria si era palesata, peraltro in tempi non sospetti, già nel Libro Bianco del 2001 in tema di Governance Europea², dove la Commissione sollecitava le Istituzioni, a livello nazionale ed europeo, a creare maggiori legami tra l'Europa e i suoi cittadini, quale presupposto indispensabile per rendere le politiche più efficaci e più adeguate ai bisogni.

Al proposito, individuava alcuni principi posti alla base della buona *governance* e dei cambiamenti istituzionali avvertiti come indifferibili, riconducendoli ai concetti di *apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza*.

E sia consentito evidenziare il rilievo attribuito alla partecipazione dei cittadini, tanto in riferimento alle politiche comunitarie, quanto alla programmazione e organizzazione amministrativa nazionale, principalmente nell'ottica di ottenere una maggiore efficienza, ma anche di riavvicinare la popolazione attraverso una condivisione di intenti.

Proprio in tale direzione, è noto, peraltro, che il Trattato di Lisbona abbia posto alcune rilevanti novità riguardanti i principi e le norme generali sull'amministrazione.

Seppur si possa ritenere tali norme riferite all'amministrazione dell'Unione, non vi è dubbio che i principi in esse contenuti formino corollario della produzione legislativa per gli interventi sulle materie amministrative indirizzati agli Stati membri.

Al proposito, risulta di particolare interesse il disposto del nuovo art.298 TFUE, specificamente in tema di Amministrazione, il quale contiene la previsione di apposite disposizioni affinché le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, nell'assolvimento dei loro compiti, si basino su "un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente".

² Commissione europea, *Libro Bianco La Governance Europea*, 12.10.2001, COM (2001) 428.

Si tratta, dunque, della fissazione di 3 principi fondamentali dell'amministrazione europea: apertura, indipendenza ed efficacia.

Orbene, con la formula "amministrazione aperta" parrebbe intendersi la puntualizzazione del principio di trasparenza, sia sotto il profilo del diritto di accesso ai documenti, sia sotto quello della trasparenza delle decisioni, richiamato dall'art. 1 TUE, nonché invocato come "pilastro" del buon governo³

Quanto all'indipendenza, il termine non assume un significato ben definito. Certamente, si riferisce al contrasto dei conflitti d'interesse e delle influenze improprie (queste riferite alle singole nazioni), con particolare riferimento alla selezione del personale latamente inteso.

L'efficacia, infine, corrisponde al principio, in Italia ormai fortemente consolidatosi⁴, che indica la capacità di raggiungere i risultati corrispondenti agli obiettivi da conseguire e costituisce principio di chiusura del sistema, strettamente vincolato al buon perseguimento dei principi precedenti.

Nel presente tentativo di individuazione, all'interno delle disposizioni dell'Unione europea, dei principi fondamentali applicabili all'organizzazione della Pubblica Amministrazione, ricopre un ruolo certamente particolare l'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Tale norma, infatti, contiene la base giuridica per la produzione normativa dell'UE in tema di "amministrazione", riconoscendo il "diritto ad una buona amministrazione".

Come noto, l'art.6 TUE ha attribuito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati. Pertanto, l'art.41 ivi contenuto costituisce norma trasversale all'intera politica europea, rientrando così tra i principi generali dello Stato di diritto.

Conseguentemente, eventuali limitazioni ai diritti in esso previsti, dovranno essere disposte solo dalla legge, nonché rispettare il contenuto essenziale di tali diritti

³ Così, infatti, all'art.15 co.1 TFUE

"Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile"

⁴ Si pensi al rilievo che in Dottrina e nella Legislazione successiva ha assunto l'art.1 co.1 L.241/1990.

e libertà e saranno ammissibili solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, osservando comunque il principio di proporzionalità (SORACE: 2013).

In ultimo, all'art.197 TFUE, in tema di Cooperazione Amministrativa, viene sottolineata l'esigenza di condivisione e uniformità della normativa in materia, ossia della "attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri", la quale viene definita "essenziale per il buon funzionamento dell'Unione" e qualificata in termini di "questione di interesse comune".

Tuttavia, la competenza dell'Unione non può andar oltre il sostegno, il coordinamento o il completamento dell'azione degli Stati membri, non potendo adottare atti giuridicamente vincolanti che comportino un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Per tale ragione le disposizioni provenienti dalle sedi europee, richiedono necessariamente una traduzione e un adattamento alle esigenze e peculiarità dei singoli Paesi; il che ha comportato un'inevitabile disomogeneità applicativa, dando l'opportunità agli studiosi dei diversi settori del diritto amministrativo di sviluppare una sensibilità comparatistica, precedentemente parzialmente sopita.

2. La collaborazione pubblico privata

I Trattati europei prevedono la competenza delle istituzioni dell'UE ad intervenire su numerosi temi connessi alle politiche di sviluppo, ivi compresi il settore sanitario, le infrastrutture, la cultura, nonché numerose attività di interesse pubblico.

Orbene, le iniziative collegate sono funzionali allo sviluppo ed alla crescita degli Stati membri nella loro dimensione nazionale ed extra-nazionale, giustificando così l'azione dell'UE. Per tale ragione, numerose direttive sono state adottate a livello europeo con l'obiettivo di armonizzare la legislazione degli Stati membri, di fornire sostegno all'attuazione dei diritti sociali e civili (anche indirettamente) e con l'intenzione di renderne effettiva la tutela.

Il crescente ampliamento dei diritti insiti nella nozione di Stato sociale, modello diffuso nel continente europeo, ha richiesto uno sforzo sempre maggiore degli Stati membri, ed un'attenzione specifica alla ricerca di nuovi modelli di gestione.

Tuttavia, gli interventi pubblici nella garanzia e attuazione dei diritti, nonché la risposta pubblica alle esigenze del cittadino, si sono dimostrati insufficienti, per difficoltà di natura economica e gestionale.

Difatti, molti Stati europei non possiedono risorse per i nuovi investimenti e i finanziamenti considerati essenziali per far ripartire definitivamente l'economia europea.

Si è, pertanto, avvertita da più parti l'esigenza di individuare forme di intervento dei privati nel settore dei servizi pubblici e, più in generale, nell'esecuzione delle funzioni pubbliche, principalmente al fine di attrarvi relativi capitali e competenze.

E proprio la sopravvenienza della sofferenza economica degli Stati e dell'urgenza di revisione di bilancio ha prodotto un impulso di riordino delle amministrazioni pubbliche e del rapporto con i privati.

Al proposito, la sfida maggiore della crisi economica si è rivelata quella di individuare misure sostenibili, rispettose degli vincoli contabili e degli equilibri istituzionali.

Si è diffusa la convinzione che la collaborazione pubblico privata possa contribuire alla ripresa economica e allo sviluppo sostenibile dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, diventando così essenziale la corretta combinazione delle capacità e dei capitali pubblici e privati.

L'interpretazione letterale del concetto consentirebbe di riferirsi, in termini generali, a molteplici tipologie di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, realizzate nell'intero ambito della attività amministrativa.

In particolare, con riferimento alla contrattazione pubblica, l'espressione collaborazione pubblico privata continua ad essere imprecisa, perché permetterebbe

di ritenere che in ogni tipo di contratto pubblico si realizzi una collaborazione tra i due settori. Anzi, ogni rapporto in cui si realizza l'interesse pubblico potrebbe suggerire l'adozione del termine; dovendosi includervi peraltro anche le "entificazioni" del suddetto rapporto.

Si tratta di una nozione ambigua priva di una definizione unitaria e precisa, tanto a livello nazionale, quanto a livello comunitario, che si è andata sviluppando su impulso delle necessità che, volta per volta, le P.A. hanno dovuto soddisfare.

Tuttavia, l'idea comune ad ogni intervento in materia consiste nell'incentivare il soggetto privato ad intervenire nell'esecuzione delle funzioni pubbliche assumendo i rischi inerenti a tale esecuzione, di modo che ciascuna parte apporti le sue risorse e competenze con il fine di realizzare la costruzione di un'infrastruttura o di incaricarsi della gestione di un servizio pubblico nella maniera più efficiente possibile.

Orbene, la collaborazione pubblico privata ricevette all'inizio degli anni novanta, un impulso fondamentale da parte delle istanze comunitarie.

Inizialmente, tale sviluppo si ha avuto per due distinte ragioni: da un lato, l'esigenza di rinnovare le infrastrutture e di migliorare le modalità di erogazione dei servizi pubblici; dall'altro, quella di rispettare le restrizioni di budget e i limiti di indebitamento pubblico fissati nel trattato di Maastricht.

Tale percorso ha preso avvio sostanzialmente con l'individuazione della figura di opera pubblica e la sua inclusione nella direttiva 93/37/CEE del Consiglio, sui procedimenti di aggiudicazione dei contratti pubblici, nonché con il Libro Bianco "Crescita, competitività, occupazione" COM (93) 700, orientato alla promozione della partecipazione del settore privato nella realizzazione e nel finanziamento dei progetti di reti trans-europee.

Successivamente a tale intervento, emerse una nuova tipologia di rapporti che venne individuata con il termine anglosassone "*Public Private Partnership*" (PPP). Ciò trovò collocazione nel Libro Verde sulla contrattazione pubblica approvato nel 1996⁵,

⁵ Commissione europea, Libro verde Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro, 27.11.1996, COM (96) 583.

con cui si puntava a semplificare la normativa comunitaria in materia, nonché a creare una cornice regolatrice per le formule di collaborazione pubblico privata.

Le istituzioni comunitarie, tuttavia, non individuarono una definizione del concetto di collaborazione pubblico privata fino all'inizio degli anni 2000.

Il primo intervento organico sul tema si rinvenne solo nel 2004, con il Libro Verde della Commissione europea sui Partenariati pubblico-privati e il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni⁶.

Il libro citato precisa che tali strumenti sono “forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”.

Successivamente, il partenariato pubblico e privato, e con esso le vicende connesse al rapporto collaborativo, è stato più volte oggetto di osservazioni e revisioni da parte delle istituzioni comunitarie, nel tentativo di creare una cornice in cui gli Stati potessero sviluppare una propria disciplina coerente con gli obiettivi fissati.⁷

Ed è evidente che gli strumenti in esame erano destinati a produrre conseguenze sull’effettività e la qualità dei servizi pubblici offerti, qualora erogati dal privato ma garantiti dal pubblico, secondo la rinnovata ripartizione dei ruoli.

Al proposito, il ruolo affidato al Partenariato nella gestione delle funzioni pubbliche risulta sempre più evidente alla luce degli interventi delle Istituzioni.

⁶ Commissione europea, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30.04.2004, COM (2004) 327.

⁷ Gli interventi successivi al Libro Verde del 2004 sono costituiti principalmente da:

Commissione europea, Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, 15.10.2005, COM (2005) 0569;

Parlamento europeo, Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 26.11.2006, 2006/2043 (INI);

Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 5.02.2008, COM (2007) 6661.

Parlamento europeo, Risoluzione sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici, 18.05.2010, 2009/2175 (INI).

Citando il Parlamento europeo, “i PPP costituiscono un modo possibile per organizzare il compimento dei compiti del settore pubblico e quest’ultimo anche in futuro deve conservare la facoltà di decidere se eseguire una funzione direttamente oppure tramite una propria impresa o con terzi del settore privato.”⁸

La Commissione, da parte sua, alla luce delle prime esperienze degli Stati membri, ha ribadito che “i PPP rappresentano forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato finalizzate a modernizzare la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici”.⁹

E, inoltre, “i PPP dovrebbero essere incentrati principalmente sulla promozione dell’efficienza nei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntiva.”

Conseguentemente, si può rilevare che l’attenzione dell’UE si è concentrata su prospettive da un lato di riduzione delle spese, dall’altro di maggiore efficacia ed efficienza nella erogazione dei servizi pubblici.

Risulta, così, evidente come l’UE non svolga più solo un ruolo di supporto all’attività dei singoli Stati, ma si ponga come soggetto di tutela degli interesse dei cittadini, ruolo comprensibile solo nell’ottica evolutiva della cittadinanza europea.

2.1. I principi dei Trattati

Come osservato, i modelli di PPP si differenziano notevolmente da uno Stato membro all’altro, a seconda del quadro normativo nazionale e dei settori in cui vengono adottati.

Benché al momento non esista alcuna definizione unitaria di PPP a livello europeo, il concetto descrive genericamente accordi tra organismi pubblici e il settore

⁸ Parlamento europeo, Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, 16.10.2006.

⁹ Commissione europea, Comunicazione - Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine:sviluppare i partenariati pubblico-privati, 19.11.2009, COM (2009) 615, introduzione.

privato, che si riferiscono a interventi sulle infrastrutture pubbliche oppure a servizi pubblici.

Pertanto, a prescindere dalle traduzioni normative, occorre individuare una cornice di sistema, in quanto ogni atto duraturo che realizzi una collaborazione tra pubblico e privato deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato.

Innanzitutto, non può non rilevare il principio di libera concorrenza di cui agli art.101 ss TFUE, il cui vasto contenuto permea ogni normativa comunque connessa al mercato interno.

Inoltre, occorre far riferimento ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nonché ai principi di parità di trattamento e non discriminazione, cui si collegano quelli di trasparenza e di pubblicità, individuati negli artt.18, 49 e 56 TFUE principalmente dalla Giurisprudenza della CGE.

Tali principi fondamentali cui si deve ispirare l'attività della PA sono sintetizzati nel Libro Verde del 2004 secondo cui "il regime che deriva dalle disposizioni pertinenti del Trattato può essere riassunto negli obblighi seguenti: fissazione delle norme applicabili alla selezione del partner privato, pubblicità adeguata riguardo all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura, messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione, rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti nel corso della procedura, aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori"¹⁰.

2.2. L'applicazione nell'ordinamento nazionale italiano e spagnolo

Partendo dal ruolo protagonista che l'Unione Europea ha ricoperto in materia, pare interessante vedere le applicazioni della disciplina nei Paesi membri, qui con riferimento a Italia e Spagna.

¹⁰ Commissione, Libro verde, 30 aprile 2004, cit., par.30.

L'applicazione dell'istituto in esame da parte del Legislatore italiano non ha conosciuto una singola fase, ma una progressiva traduzione in molteplici strumenti, nei quali è possibile individuare i caratteri essenziali del PPP, parzialmente inquadrato dall'art.3, co.15-ter, d.lgs.n.163/2006.

Si tratta di casi in cui il privato contribuisce fattivamente allo svolgimento di una attività che è diretta al perseguimento di interessi pubblici, condividendo con il pubblico la responsabilità che da essa ne deriva (MASTRAGOSTINO, 2011).

La Dottrina si è recentemente interessata con assiduità al significato dello strumento così delineato. Diffusa è ora l'intenzione di non configurare il PPP quale istituto o categoria giuridica; difatti, è stato definito come una "nozione descrittiva" (SCIULLO, 2011), uno "schema ricostruttivo" (CORTESE, 2011), ovvero come "un modo d'agire nella realizzazione di interessi (anche) pubblici, un modello d'organizzazione e d'azione amministrativa" (DUGATO, 2011).

Nell'ordinamento giuridico italiano, le opere pubbliche e i servizi pubblici hanno costituito gli ambiti all'interno dei quali sono stati sperimentati i primi modelli di collaborazione pubblico privata. E a tale applicazione è seguito l'uso anche nel settore dei beni pubblici attraverso una valorizzazione del ruolo dei privati, ove si è reso evidente che l'aspetto più complesso del rapporto è costituito dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra gli interessi coinvolti, di norma differenti.

I principali atti normativi, contenenti gli istituti più affini al modello partenariale, sono certamente il già citato d.lgs.163/2006, nonché diverse norme c.d. speciali tra cui il d.lgs.502/1992 in materia sanitaria e il d.lgs.42/2004 nel settore dei beni culturali.

Nell'ordinamento spagnolo, invece, la traduzione dell'istituto del PPP europeo si ha avuto con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico (LCSP) e attualmente tipizzato in termini identici nel Real Decreto Legislativo 3/2011, con il quale è stato approvato il Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico (TRLCSF).

In particolare, il contratto di collaborazione pubblico privata è definito dall'art.11 del TRLCSF come un contratto complesso con elementi essenziali,

caratterizzato - in sintesi - dall'affidamento al privato di prestazioni di servizi comunque connesse allo sviluppo da parte della PA del servizio pubblico o di un'attività di interesse generale affidatele.

A differenza dell'ordinamento italiano, in Spagna si rinviene, quindi, una traduzione apparentemente definita del concetto di collaborazione pubblico privata di cui al PPP europeo, anche se pure in questa dimensione nazionale si assiste all'estensione della nozione ad altri istituti contrattuali, nonché a forme di enti di economia mista (HERNANDO RYDINGS, 2012).

Tuttavia, in entrambi gli ordinamenti nazionali esaminati l'obiettivo della collaborazione pubblico privata resta quello della garanzia di servizi pubblici, rispetto ai quali le sole forze pubbliche appaiono insufficienti.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCÍA, Ricardo, Sistema Jurídico de la Unión Europea, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2014;

CHITI, Mario Pilade, Diritto amministrativo europeo, Milano: Giuffrè, 1999;

GALETTA, Diana Urania, (a cura di), Diritto amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali, Torino: Giappichelli, 2014;

HERNANDO RYDINGS, Maria, La colaboración público privada: fórmulas contractuales, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2012;

MASTRAGOSTINO, Franco (a cura di), La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo, Torino: Giappichelli, 2011;

SORACE, Domenico, *L'amministrazione europea secondo il trattato di Lisbona - european administration according to the treaty of Lisbon*, in Diritto Pubblico, 1, 2013, 167 – 238.

EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN FORAL COMO UN EJEMPLO DE DESCENTRALIZACIÓN FINANCIERA ASIMÉTRICA VIABLE EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA

Jokin Babaze Aizpurua

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario:

- 1.- Introducción.
- 2.- El régimen foral como sistema de descentralización fiscal asimétrica.
- 3.- El régimen foral en el derecho interno español.
- 4.- El régimen foral en la Unión Europea.
- 5.- La participación de los Territorios Históricos del País Vasco en la actividad normativa de la Unión Europea.

Referencias bibliográficas

Resumen en español

EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN FORAL COMO UN EJEMPLO DE DESCENTRALIZACIÓN FINANCIERA ASIMÉTRICA VIABLE EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA

La consecución de una auténtica armonización fiscal en los 27 países de la Unión Europea es un proceso difícil, puesto que en este ámbito los Estados miembros siguen manteniendo en gran medida sus competencias. Además, la organización de los gobiernos, incluyendo sus relaciones fiscales y sus acuerdos constitucionales e institucionales, varía considerablemente de un país a otro. El factor más importante que determina la distribución de las competencias legislativas en materia tributaria entre los diferentes niveles de gobierno es que el modelo de Estado sea federal, centralizado o regional.

Actualmente, el sistema tributario español es un sistema descentralizado asimétrico en el que la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco tienen competencia normativa tributaria en virtud de los sistemas de Convenio y Concierto Económico amparados en la Disposición Adicional 1ª de la Constitución Española. Internamente, ambos sistemas son criticados desde posicionamientos políticos contrarios a ellos, a los que entre otras cuestiones acusan de ser incompatibles con el derecho de la Unión, pese a que los Tribunales de la Unión ya han declarado la viabilidad de la conformidad de estos sistemas con el derecho de la Unión, entre los que destacamos la sentencia de 11 de septiembre de 2008 del Tribunal de Justicia que resuelve el caso de las ayudas de estado de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, dichas acusaciones carecen de fundamento, puesto que tal y como se tratará de demostrar, el respeto a los sistemas de Convenio y Concierto no solo encuentran su acomodo en el TUE, sino que ambos sistemas están sujetos desde el punto de vista del Derecho interno a las normas de armonización fiscal europeas. Además, se pondrá el ejemplo de un relevante proceso europeo de armonización fiscal europeo en el que las instituciones forales están participando activamente: la Directiva BICCIS.

Abstract in italiano

IL SISTEMA DI FINANZIAMENTO FORALE COME ESEMPIO DI DECENTRAMENTO FINANZIARIO ASIMMETRICO PERCORRIBILE NELL'UNIONE EUROPEA

Il raggiungimento di una vera e propria armonizzazione fiscale nei 27 paesi dell'Unione europea è un processo difficile, dato che in questo settore gli Stati membri conservano importanti competenze. Inoltre, l'organizzazione dei governi, compresi i loro rapporti fiscali e gli accordi costituzionali e istituzionali, varia considerevolmente da paese a paese. Il fattore più importante per determinare la distribuzione dei poteri legislativi in materia fiscale tra i diversi livelli di governo è capire se il modello di stato sia federale, centralizzato o regionale.

Attualmente, il sistema fiscale spagnolo è un sistema decentrato asimmetrico in cui la Comunità Forale di Navarra e quella dei Paesi Baschi godono di una particolare competenza legislativa tributaria in virtù dei sistemi di Convenzione e Concerto Economico di cui alla Prima Disposizione aggiuntiva della Costituzione spagnola. Internamente, entrambi i sistemi sono criticati da posizioni politiche contrarie ad essi, e vengono accusati tra l'altro di essere incompatibili con il diritto dell'Unione europea, nonostante i giudici europei abbiano già dichiarato la compatibilità di tali sistemi di con il diritto dell'Unione, per esempio con la sentenza dell'11 settembre 2008 della Corte di Giustizia che risolve il caso degli aiuti di stato nei Territori Storici di Araba, Bizkaia e Gipuzkoa.

Da un punto di vista strettamente tecnico, queste accuse sono infondate, poiché, come si cercherà di dimostrare, il rispetto dei sistemi di Convenzione e Concerto non solo sono compatibili con il TUE, ma tra l'altro gli stessi sono soggetti, dal punto di vista del diritto interno, alle norme europee di armonizzazione fiscale. Inoltre, si analizzerà l'esempio di un importante processo europeo di armonizzazione fiscale al quale le istituzioni forali stanno partecipando attivamente: la direttiva CCCTB.

Abstract in English

THE BASQUE AND NAVARRE ECONOMIC AGREEMENT SYSTEMS AS AN EXAMPLE OF ASYMMETRIC FINANCIAL DECENTRALIZATION VIABLE IN THE EUROPEAN UNION SCOPE

The achievement of an actual financial harmonization in the 27 countries in the European Union is a difficult process, since, to a big extent, States keep their capacities in this scope. Furthermore, the organization of governments, including financial relationships and constitutional and institutional agreements, vary considerably from one country to another. The most important factor shaping the distribution of legislative capacities in tax issues among different levels of government is the model of State, being this federal, centralized or regional.

Nowadays, the Spanish tax system is a decentralized asymmetric system, where the Foral Community of Navarra and the Autonomous Community of Euskadi have normative capacity in tax issues, under the Economic Agreements exercising the 1st Additional Regulation in the Spanish Constitution. Both systems are internally criticized from rival political stances, accusing both systems of being contrary to the European Union regulation, despite of European Courts having already declared the viability of the compliance of those systems with the European Law. We emphasize on the sentence of the 11 of September 2008 of the Court of Law resolving the case about State financial assistances to the historic territories of Araba, Bizkaia and Gipuzkoa.

From an essentially technical point of view, these charges have no grounds, since, as we are about to demonstrate, the respect to the Convention and Concert / Arrangement systems not only finds its place in the European Court of Law, but both systems are subject to European financial harmonization regulations within the internal Spanish Law. In addition, an example of the outstanding issue of financial European harmonization will be explained: the CCCTB Directive, where Foral Institutions have actively participated.

1.- Introducción

Aunque la armonización fiscal europea sea un objetivo a alcanzar para construir un espacio económico y social común para todos los europeos, esa armonización no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta la realidad política de Europa y de los Estados que la componen, y en este sentido, un claro ejemplo de una realidad jurídica que puede suponer un obstáculo a salvar dentro de España es la del sistema de financiación foral, amparada por la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

El Sistema Foral¹ es sin duda alguna una de las instituciones jurídicas más controvertidas del actual ordenamiento financiero español. Si bien es cierto que en ocasiones las críticas pueden ser legítimas tal y como demuestra el análisis de las balanzas fiscales² o la Sentencia del TJUE que condenó a España por las ayudas de Estado aprobadas por los Territorios Históricos del País Vasco, estas no son las únicas críticas vertidas sobre el Concierto Económico, puesto que también existen quienes, desde posiciones meramente ideológicas o incluso posturas jurídicas mal formadas, arremeten contra el propio sistema del Concierto, por considerarlo contrario a los principios constitucionales e incompatible o incongruente con el proceso de armonización de la Unión Europea.

Trataremos las siguientes páginas a tratar de explicar por qué entendemos que el sistema del Concierto es plenamente compatible con la Constitución y la Unión Europea, entre otras cuestiones porque nos parece un asunto de especial interés desde el punto de vista de la construcción de la Unión Europea.

¹ En puridad, deberíamos hablar de *“los sistemas de Concierto Económico y Convenio Económico”* puesto que nos referiremos a sendos sistemas financieros de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra. Sin embargo, teniendo en cuenta que a los efectos que nos ocupan ambos sistemas son idénticos hablaremos genéricamente del *“Sistema Foral”* para no caer en excesivas reiteraciones.

² Nos referimos a la moción aprobada por la Asamblea de Madrid sobre el cupo, que efectivamente puede ser completamente legítima a la luz de *“La financiación territorial en España: situación actual y propuestas de reforma”* de ÁNGEL DE LA FUENTE (2010)

2.- El régimen foral como sistema de descentralización fiscal asimétrica

La descentralización fiscal, sistema en el cual los entes subestatales tienen autonomía tributaria, lo cual supone la potestad para establecer o abolir impuestos, para modificar las cuotas o las bases imponibles etc. (BLÖCHLIGER & KING, 2006: 9) está relativamente extendida entre los países del mundo, también en los países de la Unión Europea en los que la competencia legislativa para regular todos los elementos de un tributo y su recaudación no está atribuida en muchos casos a un nivel de gobierno específico sino que se encuentra distribuida entre varios niveles de gobierno (BOUZORAA, 2006).

España tiene diseñado un modelo de reparto de las competencias legislativas tributarias que a grandes rasgos encajaría con el modelo de descentralización fiscal más frecuente, que es aquél en el que el gobierno central se reserva el control sobre la determinación de los sujetos sometidos a tributación, la base imponible y las normas procedimentales, pero la competencia para determinar los tipos impositivos se comparte con otros niveles de gobierno, perteneciendo en este caso a las CCAA, además, parte de las competencias normativas sobre determinación de la base imponible (BOUZORAA, 2006).

Por otro lado, como regla específica, encontramos el caso de País Vasco y Navarra, que, *grosso modo*, ostentan la potestad normativa total sobre los principales tributos, estableciéndose así corpus jurídico tributario propio, separado del corpus llamado “de territorio común”, y que por tanto escapa del alcance del legislador nacional, y de su labor en materia de cumplimiento del Derecho de la Unión en la actividad normativa.

3.- El régimen foral en el derecho interno español

Como es sabido, la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española consagra que “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales” añadiendo en el segundo párrafo que “la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”. No nos detendremos ahora en disquisiciones sobre la

naturaleza de dichos *derechos históricos* y en la pretendida *titularidad* de los mismos, asunto que, de entrar en él, haría imposible que tratáramos el tema objeto de este documento. Baste mencionar que *de facto*, el Concierto Económico toma su legitimidad constitucional de esta Disposición Adicional, y que ello conlleva unas consecuencias jurídicas claras.

Partiendo de un análisis sintáctico del primer párrafo del texto constitucional, podemos observar que el sujeto de la oración es *la Constitución*, que es quien *ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*. Es decir, que los mencionados “derechos históricos” solo tienen cabida en el ordenamiento jurídico español porque la Constitución los *ampara y respeta*.

Analicemos ahora la expresión *ampara y respeta*. Según la RAE³, “amparar” significa “favorecer, proteger” y el “respeto” supone “miramiento, consideración, deferencia”. Es decir, que la Constitución tiene una consideración o una deferencia hacia los mencionados derechos históricos y los protege, los acoge en su seno. Esto da una idea clara de la superioridad de la Constitución sobre los derechos históricos.

Pasando al segundo párrafo, al leer que “la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, nos encontramos una palabra clave para extraer las consecuencias jurídicas del texto constitucional para el sistema del Concierto: la palabra “marco”. Volviendo a la RAE, observamos que “marco” significa los “límites en que se encuadra un problema, cuestión, etapa histórica, etc”, y específicamente señala como ejemplo “En el marco de la Constitución”. Es decir, que en nuestro caso, el sistema del Concierto Económico debe respetar los límites que marca la Constitución, entre los cuales cabe destacar el obligado respeto a los principios del derecho constitucional tributario.

³ Todas las referencias a la RAE deben entenderse realizadas al Diccionario de la Lengua Española disponible en la web de la Real Academia www.rae.es

Aunque tal y como afirmaba LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO (2010: 5), la conformidad del Concierto con la Constitución no ha sido nunca puesta seriamente en duda⁴, no está de más recordar la importancia que tiene la Constitución en el ejercicio de la potestad normativa por las entidades forales.

Cabe recordar en este punto que la STC 207/2013 de 5 de diciembre de 2013 (BOE de 8 de enero de 2014) declaró inconstitucional la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra que hubiera obligado a la Iglesia Católica y a las confesiones religiosas evangélicas, israelita e islámica a pagar la contribución territorial (impuesto equivalente al IBI) por todos los inmuebles de su propiedad, con la única excepción de los destinados al culto. El Tribunal Constitucional considera contraria dicha norma, por un lado, a los arts. 96.1 y 149.1.3 de la Constitución, y por otro el art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, al considerar que la exención en el IBI es una manifestación del derecho fundamental a la libertad religiosa⁵.

Por lo tanto, aunque no vamos a entrar aquí en el fondo del asunto de esta Sentencia, queda claro que la Constitución establece unas obligaciones jurídicas a los órganos forales. Así, también en los Territorios Históricos del País Vasco y en la

⁴ Con la misma consistencia se manifiesta ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2009): “*Está fuera de discusión [...] la sumisión del Concierto a los principios del Estado de Derecho y en concreto al de constitucionalidad*”

⁵ El Tribunal Constitucional *considera que dichos beneficios fiscales, dentro de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas a las que alude el art. 16.3 CE, en primer lugar, se configuran como una medida adoptada por el Estado al amparo de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.1 CE, que se justifica en la relevancia constitucional que tienen las confesiones religiosas (inscritas en el correspondiente registro público y con las que se hayan adoptado acuerdos de cooperación) para la consecución de los fines que la Constitución proclama y, en concreto, para la garantía del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, tanto en su vertiente individual como en la colectiva. [...] Con más motivo cuando se trata de medidas tendentes a asegurar una igualdad sustancial de los grupos religiosos en los que, de acuerdo con sus diferentes creencias, se integran los individuos, lo que se inserta, además, en las condiciones básicas de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el art. 149.1.1 atribuye al Estado como competencia exclusiva. Medidas que no pueden ser únicamente de la responsabilidad del Estado, sino que tienen que ser asumidas por todos los «poderes públicos» como señala genéricamente el art. 16.3 CE y exige específicamente el art. 7.2 LOLR, pues se trata, no lo olvidemos, de dotar de efectividad el ejercicio de un derecho fundamental. Con todo, aunque este no sea nuestro objeto en estos momentos, debemos dejar claro que no compartimos la idea de que la exención en un impuesto sea una manifestación de un derecho fundamental.*

Comunidad Foral de Navarra “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”, también en el País Vasco y Navarra “la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley” (art. 133.1 CE), si bien por supuesto en ambos casos dicha potestad está transferida conforme a lo establecido en la DA 1ª⁶ y el art. 133.2 CE y también en el País Vasco y Navarra “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” (art. 96.1 CE), incluyendo aquellos que en virtud del art. 93 de la Constitución atribuyan a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

Esto es, que nos hallamos ante un Derecho vivo, que trasciende al mero dato jurídicamente anecdótico, residual o nostálgico, carente de virtualidad jurídica (SERRANO GAZTELUURUTIA, 2012: 145), y que responde a la necesidad de actualizar la institución del Concierto y hacerlo compatible con un sistema tributario comparable a los de los Estado más avanzados de una Europa en la que España quería integrarse cuanto antes (ALONSO ARCE, 2010: 26)

Lo dicho anteriormente se desarrolla en los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Navarra⁷. En el caso de Navarra, la Ley de Amejoramiento se limita a establecer en su art. 45 que la actividad financiera y tributaria se regulará por el sistema del Convenio Económico, y que en virtud de esta Navarra tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario, sin perjuicio de lo dispuesto en el correspondiente Convenio Económico.

⁶ Esto es, que si bien es cierto que actualmente los Territorios Históricos del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra son competentes para establecer y regular los distintos tributos, esto es así porque los sistemas de Convenio y Concierto así lo establecen, no porque dicha potestad les pertenezca a dichos entes forales de forma originaria, por mucho que así se pretenda no sin cierta malicia por el nacionalismo vasco. Si no fuera así, no se habría dado la evolución sobre las competencias normativas de los Territorios Históricos del País Vasco que explica ISAAC MERINO JARA (2003)

⁷ Nos referimos, claro está, a la Ley Orgánica 13/1982 de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, más conocida como “Ley de Amejoramiento del Fuero”, norma equivalente a un Estatuto de Autonomía (SSTC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 3; y 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 4 a)

Por su parte, el Estatuto de Autonomía del País Vasco, establece en su art. 41.1 que las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenios, para a continuación (art. 41.2) establecer que el contenido del régimen de Concierto “*respetará y se acomodará*” a una serie de principios y bases entre los cuales destaca las contenidas en el párrafo a), según el cual las instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario atendiendo:

- A la estructura general impositiva del Estado,
- A las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto, y
- A las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma.

Estos principios se desarrollan a su vez en las Leyes de Convenio y Concierto, que en lo que ahora nos ocupa imponen el sometimiento de los entes forales a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español o a los que éste se adhiera. Sendas Leyes establecen particularmente que deberán atenerse a lo dispuesto en los Convenios internacionales suscritos por España para evitar la doble imposición y en las normas de armonización fiscal de la Unión Europea, debiendo asumir las devoluciones que proceda practicar como consecuencia de la aplicación de tales Convenios y normas⁸.

Tal y como dice GEMMA MARTÍNEZ BÁRBARA (2014: 54) el principio del respeto a los tratados internacionales es un principio constante en la mayoría de los Concierdos Económicos desde 1906⁹, sin embargo en la redacción actual se introducen dos

⁸ Arts. 2.Uno.Quinto de la Ley 12/2002, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y 2.1.c) Ley 28/1990 por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

⁹ En concreto, el Concierto Económico de 1906 establecía en su art. 15.2 que “[Las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava] *no podrán adoptar disposición alguna tributaria que se halle en contradicción con los pactos internacionales ajustados por España con las naciones extranjeras*”, sobre lo cual Nicolás Vicario y Peña comentaba que “el párrafo 2º es nuevo y de tal importancia y trascendencia que reconoce la autonomía económica y administrativa de las Diputaciones vascongadas hasta el grado máximo, declarándolas soberanas y autorizadas para adoptar las disposiciones tributarias

novedades: a) lo que MARTÍNEZ BARBARA denomina una “*regla competencial de carácter procedimental*” (2014: 54) que es la obligación de los entes forales de asumir las devoluciones que proceda realizar como consecuencia de aplicar los Convenios para evitar la doble imposición y las normas de armonización europea y b) el sometimiento expreso de los órganos forales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea, aunque entendemos que el sometimiento a dichas normas había que entenderlo incluido en el sometimiento a los Tratados Internacionales. De hecho, entendemos que ISAAC MERINO JARA opina que lo que realmente importa de esta norma no es que se diga que el sistema tributario de los territorios históricos están sometidas a las normas comunitarias, sino que deja claro que quienes responden de la devolución de que deba llevarse a cabo los eventuales incumplimiento serán los territorios forales (MERINO JARA, 2003: 12)

Ahora bien, si se admite la conveniencia de realizar dicha especificación, hay que destacar nuestra conformidad con las reflexiones que hace MARTÍNEZ BARBARA (2014: 55), sobre que los sistemas tributarios forales no solo deberán adecuarse a las normas de armonización fiscal *stricto sensu*, sino también a las relativas a la aproximación de legislaciones¹⁰. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que debe entenderse es que las entidades forales deberán adecuarse a todas las normas de la Unión

con respecto a extranjeros, con tal de que no contradigan los tratados internacionales ajustados por España con las naciones extranjeras. Con esa limitación en justo respecto a lo pactado por el Estado español, pueden hacer, en lo que en nada afecte o lesione a esos pactos, cuanto las Corporaciones provinciales estimen justo y conveniente a sus intereses” (VICARIO Y PEÑA 1909: 474)

¹⁰ En la monografía de referencia, Gemma MARTINEZ BARBARA expone que no tiene mucho sentido establecer que los entes forales están sujetos a las normas de armonización fiscal *stricto sensu* puesto que estas afectan a los del art. 113 TFUE, que son el IVA, los Impuestos Especiales y los Impuestos sobre operaciones societarias, sobre los cuales las entidades forales no tienen capacidad normativa, exceptuando la aprobación de los modelos de declaración y los plazos de ingreso, que no pueden diferir sustancialmente de los establecidos por la Administración del Estado. Así, la obligación de transponer las Directivas sobre fiscalidad indirecta corresponde al Estado, por lo que una interpretación excesivamente tecnicista podría llevar a vaciar de contenido la previsión contenida en las Leyes de Convenio y Concierto. Esto lleva a la autora a abogar por una interpretación en sentido amplio de esa remisión para que pueda abarcar la aproximación de legislaciones del art. 115 TFUE y todos los instrumentos de armonización negativa necesarios para la correcta interpretación y aplicación del TFUE, que compartimos. Ente estos, la cuestión relativa a la prohibición a las ayudas de estado merece ser especialmente destacada, porque como se sabe fueron el origen de las causas judiciales resueltas por el TJUE sobre las Normas Forales de los Territorios Históricos.

Europea que tengan alguna incidencia en materia tributaria¹¹, entre las cuales hay que destacar las relativas a las ayudas de estado.

Por lo tanto, se puede concluir claramente que las entidades forales están plenamente sometidas al Derecho de la Unión Europea.

4.- El Régimen Foral en la Unión Europea

Desde el punto de vista de la Unión Europea, las cuestiones que podrían suponer algún conflicto en relación al Régimen Foral son las relativas a la armonización fiscal, incluyendo las aproximaciones legislativas en materia tributaria y la prohibición de ayudas de estado en su vertiente de ayudas tributarias.

En este punto, como dice FRANCISCO CARRASCO GONZÁLEZ, la primera pregunta que debe hacerse es si realmente existe alguna peculiaridad o estatuto diferenciado para los entes regionales en el Derecho de la Unión, y más concretamente en el Derecho tributario de la Unión. Es decir, si existen en este Derecho limitaciones especialmente aplicables al ejercicio de los entes forales que sean distintas o añadidas a las ya existentes para los Estados, a lo cual él mismo responde de manera negativa puesto que en principio al Derecho de la Unión “ni le interesa ni tiene en cuenta la división y la organización política interna de los Estados miembros” (CARRASCO GONZÁLEZ, 2012: 405).

Cuestión distinta es la relativa a la prohibición de ayudas de estado, no porque quepan dudas sobre la sujeción de los entes forales dicha prohibición sino por la interpretación mantenida durante algún tiempo por la Comisión y el TJCE de que la existencia de un sistema tributario diferenciado dentro de un mismo territorio nacional suponía discriminación suficiente para considerar dicha norma como Ayuda de Estado.

Hay que adelantar que aunque las normas forales tributarias hayan sido tratadas en múltiples ocasiones por el TJCE (actualmente TJUE), dichas normas forales pueden agruparse en dos grandes grupos: las medias adoptadas en el contexto de la

¹¹ Porque, además de las prohibiciones de Ayudas de Estado, de las que hablaremos luego, entendemos que también están sujetas las instituciones forales a las Libertades de la Unión Europea, del mismo modo que las Comunidades Autónomas de régimen común tal y como analiza F. CARRASCO GONZALEZ (CARRASCO GONZALEZ, F 2012)

crisis de los 80 para ayudar a determinados sectores, que eran claras Ayudas de Estado, y las Normas Forales relativas al Impuesto de Sociedades, de aplicación general a todas las empresas sitas en los Territorios Históricos del País Vasco (SERRANO GAZTELUURRUTIA, 2012: 569-570)

La cuestión, señala SUSANA SERRANO GAZTELUURRUTIA, tiene su fundamento en que la propia UE no tuviese desde un principio bien definido el concepto de Ayuda de Estado y cupiese demasiado margen de interpretación. El objetivo de la prohibición de las Ayudas de Estado es evitar que se falsee la competencia en el marco del mercado interior de la Unión Europea por medio de las ayudas económicas de toda índole que los Estados conceden a las empresas en ejercicio de su soberanía, lo cual incluye los regímenes fiscales más favorables. En este sentido, si se consideraba que las Normas Forales de los territorios forales eran medidas generales que abarcan a todas las empresas de cada territorio foral, no necesitaría autorización por la Comisión, mientras que si se consideran como ayudas a empresas o producciones concretas, necesitan la autorización de la comisión (SERRANO GAZTELUURRUTIA, 2012: 540)¹².

El primer conflicto entre el Concierto Económico y el Derecho Comunitario fue una controversia sobre la colisión de ciertas Normas Forales de los Territorios Históricos del País Vasco con la libertad de establecimiento reconocida en el Tratado de la Unión Europea, como consecuencia de la aprobación de sendas normas forales tributarias que incentivaban la inversión mediante deducciones en el Impuesto de Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ya que, como consecuencia del reparto competencial vigente en aquel tiempo, habían quedado

¹² Susana Serrano se refiere a los criterios para enjuiciar la selectividad de las medidas fiscales, tal y como explican RUIZ ALMENDRAL y MARTÍNEZ CABALLERO: “Tradicionalmente, los criterios prioritarios para enjuiciar la selectividad eran los de sectorialidad y el de horizontalidad. La regionalidad, como tercer criterio, es relativamente reciente, aunque probablemente había sido ya adoptado de forma velada, y en general ha estado subordinado a los anteriores, pues suele ser una constante que las medidas además de ser geográficamente limitadas, benefician a sectores determinados o empresas concretas de la región. Atendiendo en exclusiva al criterio regional se diferencia, al menos en teoría, entre las disparidades tributarias que son aceptables en el ejercicio de la autonomía financiera, y que por ello en principio no participarían de la naturaleza selectiva, de las sustanciales o cualificadas de alterar el régimen normal de tributación de un país, que se calificarían como excepciones selectivas por violar el ordenamiento comunitario” (2008: 118).

excluidos de las deducciones fiscales los establecimientos permanentes de entidades no residentes, pero residentes en otros Estados de la Unión Europea¹³.

Tal y como dice ALONSO ARCE (2010: 72), no era en sí el contenido de la normativa foral del Impuesto de Sociedades la que suponía una contradicción del Derecho comunitario, sino el hecho de que esa normativa no pudiera aplicarse por parte de los contribuyentes no residentes porque el Concierto Económico de 1981 reservaba en exclusiva al Estado la competencia para la regulación de los tributos en los que el contribuyente tuviera la condición de no residente, por lo que lo que se ponía en entredicho era el propio sistema del Concierto.

La Comisión ha mantenido, y hasta el momento mantiene, que únicamente las disposiciones tributarias aplicables a la totalidad de un Estado miembro no incurren a priori en la nota de la selectividad, y por tanto la Comisión entiende que todas las medidas fiscales aplicables únicamente a ciertas regiones han de ser consideradas ayudas de estado (DEL BLANCO GARCÍA Y CASTRO PACHECHO, 2014: 449).

Esta idea se plasmaba en las Conclusiones Generales del Abogado General Sr Saggio, que no daba por válido el argumento de las competencias normativas de los Territorios Históricos. Sin embargo, estas Conclusiones no se vieron reflejadas en sentencia alguna, ya que la acción política hizo posible que el recurso fuera retirado¹⁴.

Efectivamente, “el requisito de la selectividad es el punto más complejo de determinación, debido a su indefinición, y, por ende, a la necesidad de apreciar el mismo caso por caso. Esta materia se complica aún más cuando proyectamos el régimen de ayudas de estado, y, en particular el criterio de la selectividad, sobre medidas fiscales adoptadas en el ámbito de un Estado descentralizado” (DEL BLANCO GARCÍA Y CASTRO PACHECHO, 2014: 449).

¹³ Para una lectura completa de la cuestión, remitimos a ALONSO ARCE (2010: 71 y ss.) También a las Conclusiones de 1 de julio de 1999 del Abogado General Sr. Saggio.

¹⁴ Efectivamente, hay sentencias posteriores del TJCE que declaran Normas Forales vascas contrarias a la prohibición de Ayudas de Estado, pero estas no se basan en la selectividad territorial, sino en la selectividad efectiva de las empresas beneficiadas y en el incumplimiento del plan de la Unión para la reactivación económica.

Además, en este caso estamos ante una institución con engarce directo con la Constitución, que podría verse amparado el art. 4.2 TUE¹⁵ en lo que CARRASCO GONZÁLEZ (2012: 406) ha visto una “cláusula de respeto a las estructuras organizativas internas, lo que debe traducirse en una obligación para las instituciones de la UE de no injerencia y de no predeterminación de tales estructuras”, lo cual no significa que el Derecho de la Unión no tenga influencia en el ejercicio del poder tributario de los entes regionales, sino, entendemos, que la Unión debe respetar la estructura constitucional de los Estados miembros.

Sobre esto cabe destacar que aunque el elemento territorial puede ser potencialmente integrado en la cláusula defensiva de la “identidad nacional”, esto no implica necesariamente que todo aspecto ligado a la estructura territorial esté bajo el ámbito del art. 4.2 TUE, puesto que la estructura territorial descentralizada de un Estado miembro no forma parte, necesariamente, de su “identidad nacional”. Ahora bien, la estructura territorial puede dar testimonio de la identidad de un Estado miembro en la medida en que exista un vínculo entre dicha estructura y la Constitución o la ordenación constitucional del Estado (MUÑOZ MACHADO, 2012: 84-88), y en este sentido, no tenemos ninguna duda sobre que el Régimen Foral forma parte de la identidad nacional del Reino de España, pues es la forma en la que se vinculan las Provincias Vascongadas y Navarra a la construcción de la España constitucional durante el siglo XIX, por lo que entendemos que la competencia normativa de los Territorios Históricos es una cuestión que el Derecho de la Unión debe tener especialmente en cuenta.

En este sentido, como es conocido, la Sentencia del Caso Azores (Sentencia de 6 de septiembre de 2006. Asunto C-88/03) introdujo una nueva vertiente del requisito de la selectividad de las normas fiscales. Con esta Sentencia, el TJUE toma por primera vez como marco de referencia para apreciar la existencia de selectividad no la totalidad del territorio de un Estado miembro, sino el territorio del ente subcentral,

¹⁵ Artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea: La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional

siempre que dicho ente goce de autonomía suficiente en los términos expresados por el Tribunal (DEL BLANCO GARCÍA Y CASTRO PACHECHO, 2014: 451)

En dicha Sentencia, se recoge la distinción hecha por el Abogado General Sr. Geelhoed de tres situaciones de descentralización del poder tributario que deben ser tenidas en cuenta a la hora de responder a la cuestión crucial a la que se enfrenta y el triple test de autonomía de los entes subestatales en materia tributaria, susceptible de ser aplicable al caso de los Territorios Históricos del País Vasco, para decidir si determinada normativa tributaria de un ente subestatal es susceptible de ser calificado o no como Ayuda de Estado.

En la Sentencia de 11 de septiembre de 2008, que resuelve una cuestión prejudicial remitida por la Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el TJUE analiza el grado de autonomía de los Territorios Históricos del País Vasco para determinar si se ajusta a lo establecido en la sentencia del “Caso Azores” y concluye que sí, estableciendo que desde el punto de vista normativo de la Unión Europea, el Concierto Económico en general y las Normas Forales tributarias en particular pueden regular las materias sujetas a su competencia de manera distinta a la normativa estatal aplicada al resto del Estado, sin que por ello constituya una Ayuda de Estado¹⁶.

5.- La participación de los Territorios Históricos del País Vasco en la actividad normativa de la Unión Europea

Si tal y como hemos visto, no existe ningún impedimento de Derecho interno español o Derecho de la Unión Europea para la pervivencia del Régimen Foral, puede plantearse la necesidad de que las instituciones forales participen en los procesos de creación del Derecho de la Unión que luego tendrán que desarrollar de manera autónoma, lo cual se está realizando actualmente en virtud de un acuerdo de la Comisión Mixta del Concierto Económico de noviembre de 2010, por el cual el Estado

¹⁶ Quedaba por resolver la cuestión relativa a la autonomía económica relacionada con el cálculo del cupo y que fue objeto de dos votos particulares en el Tribunal Supremo. Pero entendemos que la corrección o incorrección el cálculo del cupo no supone un verdadero obstáculo para la viabilidad del Régimen Foral como sistema dentro de la Unión Europea.

se comprometía a que representantes del País Vasco participaran directamente, formando parte de la delegación del Estado español, en tres grupos de trabajo del ECOFIN: D4 Cuestiones Tributarias, D5 Código de Conducta, y D8 Lucha contra el Fraude. En virtud del acuerdo, la posición del Estado será manifestada por el representante del mismo, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación para la formación de dicha posición.

El relato de la participación de los Territorios Históricos del País Vasco puede leerse en MARTÍNEZ BARBARA (2014), que cuenta con información de primera mano puesto que ella misma asiste a los grupos de trabajo D4 Cuestiones Tributarias en su condición de titular del Servicio de Política Fiscal de la Hacienda Foral de Bizkaia, pero es especialmente interesante resaltarlo al final del presente trabajo porque el grupo D4 es el que analiza la propuesta BICCIS.

La propuesta BICCIS es una propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto de Sociedades, una serie unificada de normas mediante las cuales las sociedades que desarrollan su actividad en la Unión podrían calcular sus beneficios imponibles ateniéndose a un único régimen.

Es un instrumento muy importante para una futura armonización fiscal en la fiscalidad de las empresas, que, bien aprovechada, podría ser además una buena oportunidad para potenciar el principio de cooperación a la que hacía alusión MARIOLA URREA CORRES (2002: *in fine*) *“para garantizar el ejercicio leal de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como de las Comunidades Autónomas entre sí de tal forma que, como precisa LASO PÉREZ, «todos los componentes del Estado tengan en cuenta los intereses del resto en el momento de ejercer sus respectivas competencias»”*

Bibliografía

ALONSO ARCE, Iñaki (2010). *El Concierto Económico en Europa*. Instituto Vasco de Administraciones Públicas-Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea. Oñati, 2010

BLÖCHLIGER, Hansjörg & KING, David (2006), "Fiscal Autonomy of Sub-Central Governments", OECD Working Papers on Fiscal Federalism, No. 2. OECD. En línea: <http://dx.doi.org/10.1787/5k97b127pc0t-en>

BOUZORAA, Dali (2007), "Regional Taxation In Europe: Its Models And Its Challenges Under State Aid" *Concierto Económico Vasco y Europa. Concierto Económico, fiscalidad regional y ayudas de estado. Actas del Congreso Internacional Diciembre de 2006*. Ad Concordiam. Bilbao 2007

CARRASCO GONZALEZ, Francisco (2012) "Las Libertades de la Union Europea y el ejercicio del poder tributario de los entes regionales" en Adame Martínez (Dir) "Armonización, Coordinación Fiscal y Lucha contra el Fraude" Aranzadi pags. 405-435

DE LA FUENTE, Angel (2010) "La financiación territorial en España: situación actual y propuestas de reforma". Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2010.

DEL BLANCO GARCÍA, Alvaro y CASTRO PACHECO, Leoncio (2014) "Prohibición de las Ayudas Otorgadas por Entes Subcentrales" en Ramos Prieto, Jesus (Dir) "Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna". Cizur Menor: Aranzadi (pendiente de publicación)

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique (2009) "La garantía jurisdiccional del Concierto Económico". *Boletín JADO – JADO Aldizkaria. nº 17 pp. 117-151* Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia. Bilbao, 2009.

MARTINEZ BARBARA, Gemma (2014) "Armonización fiscal y poder tributario foral en la Comunidad Autónoma del País Vasco" Oñati: Instituto Vasco de Administraciones Públicas-Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea

MERINO JARA, Isaac (2003) "El Concierto Económico: aspectos generales" *Quincena Fiscal Noviembre 2013* pags. 9-16

MUÑOZ MACHADO, Santiago y otros (2012) "las Comunidades Autónomas y la Unión Europea". Academia Europea de Ciencias y Artes, 2012. En línea:

http://www.academia-europea.org/pdf/LasComunidadesAutonomas_y_la_UnionEuropea.pdf

RUIZ ALMENDRAL, Violeta & MARTINEZ CABALLERO, Ramón (2008) “¿Todo debe cambiar para que todo siga igual? El irresuelto problema de la incompatibilidad del Concierto Económico Vasco y el Derecho Comunitario” *Anuario Jurídico de La Rioja* nº 13, 2008 p. 115-146.

SERRANO GAZTEUURRUTIA, Susana (2012) “*El Concierto Económico ante el juez comunitario*” Oñati: Instituto Vasco de Administraciones Públicas-Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea

URREA CORRES, Mariola (2002) “El ejercicio de la competencia del País Vasco en materia fiscal y su compatibilidad con el Derecho Comunitario europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002 (asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00) Ramondín / Comisión de las Comunidades Europeas”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 6, Nº 12, 2002, p. 525-545

VICARIO Y PEÑA, Nicolás (1909) “*Los Conciertos Económicos de las Provincias Vascongadas*”. Edición Facsímil. Ad Concordiam. Bilbao 1997

C) ESTADO DEL BIENESTAR

C) STATO DEL BENESSERE

LA APORTACIÓN DE LA UE A LA RECONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL ESTADO SOCIAL

Fernando Pérez Domínguez

*Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Huelva*

Sumario:

- 1.- Introducción: la necesaria evolución del Estado Social y el lastre del eterno debate dogmático sobre los derechos sociales.
- 2.- La aportación de la Unión Europea I. La vía tradicional: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 3.- La aportación de la Unión Europea II: tendencias innovadoras en la articulación práctica del Estado Social (La política de empleo como referente).
- 4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas.

Resumen en español

LA APORTACIÓN DE LA UE A LA RECONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL ESTADO SOCIAL

De las diversas proyecciones que presenta el debate sobre el futuro del Estado Social, esta comunicación se centra en la necesaria evolución de las técnicas e instrumentos jurídicos en que aquel se articula en la práctica. La categoría de los derechos sociales es quizá el instrumento jurídico más representativo de ello. Sin embargo, tradicionalmente ha sido objeto de un debate dogmático jamás cerrado sobre su naturaleza y nivel de garantía respecto a las demás categorías presentes en las cartas de derechos. Frente a ello, se propone una nueva perspectiva de análisis que atiende a las técnicas, los procedimientos, las formas de gestión de los servicios públicos y prestaciones sociales y la definición de nuevas condiciones de ejercicio de derechos sociales concretos. Para ello se toman como referencia las orientaciones de la política europea de empleo en relación con los derechos socio-laborales; lo que permite inducir interesantes conclusiones sobre las nuevas tendencias de articulación práctica del Estado Social y sus derechos.

Abstract in italiano

IL CONTRIBUTO DELL'UE ALLA RICONFIGURAZIONE TECNICA DELLO STATO SOCIALE

Tra le diverse proiezioni sollevate dal dibattito sul futuro dello Stato Sociale, questo intervento si incentra sulla dovuta evoluzione delle tecniche e degli strumenti giuridici con i quali si attua nella pratica. La categoria dei diritti sociali è probabilmente lo strumento giuridico più rappresentativo di ciò. Tuttavia, è stato oggetto tradizionalmente di un dibattito dogmatico e concettuale mai chiuso sulla loro natura e il livello di garanzie rispetto alle altre categorie presenti nelle carte dei diritti. Qui invece, si propone un nuovo approccio d'analisi che si sofferma sulle tecniche, le procedure, le forme di gestione dei servizi pubblici e delle prestazioni sociali, nonché sulla definizione di nuove condizioni d'esercizio dei diritti sociali specifici. Perciò si prendono come riferimento gli orientamenti della politica europea per l'impiego in relazione con i diritti socio-lavorativi, i quali permettono di indurre conclusioni interessanti sulle nuove tendenze per lo svolgimento pratico dello Stato Sociale ed i suoi diritti.

Abstract in English

EU CONTRIBUTION TO WELFARE STATE TECHNICAL RECONFIGURATION

Among the different views having the debate on the future of Welfare State, this paper focuses on the necessary evolution of the technique and legal instruments needed to apply it in a practical way. Social rights are likely the most representative of those legal instruments. However, there has been a never ended dogmatic discussion about their nature and the level of protection and guarantee regarding the other categories of rights in the charters. By contrast, a new analysis approach is suggested. It deals with techniques, procedures, innovative ways of management for public services and social benefits, and the definition of new conditions for exercise social rights. Taken the guidelines of the European employment policy in relation to social and labor rights as a frame of reference, it's possible to infer interesting conclusions about the new trends of implementation of Welfare State and its rights.

1.- Introducción: la necesaria evolución del Estado Social y el lastre del eterno debate dogmático sobre los derechos sociales.

La idea de evolución es consustancial al concepto de Estado Social ya que éste cobra sentido respecto a una realidad cambiante como la de las condiciones socioeconómicas y de bienestar de la población. La diversidad de dificultades existentes para adaptarse y responder eficazmente a esa realidad justifica la expresión “crisis del Estado Social”. Esta crisis se habría intensificado en el contexto del cambio de siglo debido a la internacionalización de las economías y su impacto sobre la configuración tradicional del Estado nacional y su sociedad (SOTELO, 2010). Por último, el panorama referido se habría agravado desde 2008 debido a una de las mayores crisis económicas de la historia, que ha evidenciado la difícil y aún débil articulación de sistemas de gestión global de la economía que involucren a instancias nacionales y supranacionales con suficiencia y eficacia.

No obstante la relevancia de tales problemas, este trabajo afronta la cuestión del futuro del Estado Social desde otra perspectiva no menos acuciante: la técnico-jurídica. Así, se pretende valorar y cuestionar el modo en que el Estado Social viene evolucionando en el terreno de los instrumentos jurídicos a través de los que se articula en la práctica. De la diversidad de instrumentos existentes (políticas públicas, servicios públicos, prestaciones, acciones de fomento, promoción...), resulta evidente que la categoría de los derechos sociales ocupa un papel central, como demuestran la atención doctrinal recibida y algunas iniciativas normativas recientes. Centrando en ellos la atención, el enfoque teórico-doctrinal con que tradicionalmente se ha abordado la discusión sobre esta categoría se ha revelado poco útil a la necesaria adaptación del Estado Social a las nuevas demandas que se le plantean. En efecto, el cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales, su fundamentalidad, su estatus en relación con otras categorías de derechos y, especialmente, la reprochada debilidad de sus garantías y falta de justiciabilidad directa, constituyen discursos que – a pesar de loables esfuerzos por rebatirlos (PISARELLO PRADOS, 2007; ABRAMOVICH y COURTIS, 2004)– no ofrecen respuestas claras a cuestiones como la creciente complejidad de intereses presentes en las sociedades

contemporáneas, la heterogeneidad de las demandas de tutela, la dificultad de los poderes públicos para parcelar la sociedad en colectivos concretos o bien la relativa ineficacia de instrumentos públicos de tutela configurados de forma estandarizada, diseñados verticalmente y ajenos a la participación de sus últimos destinatarios.

En el sentido de lo recién apuntado, sirva la referencia de autoridad del Prof. CASCAJO CASTRO, que en relación con las dificultades para conceptualizar los derechos sociales afirma que “toda búsqueda de un concepto general y uniforme de los derechos sociales conduce a un anunciado fracaso” y, de acuerdo con ello, “a estas alturas del desarrollo internacional, constitucional y autonómico de la materia, acaso sólo tenga sentido el enfoque analítico de alguno de los elementos de su estructura a la luz de su régimen jurídico-positivo”. De forma más constructiva, el carácter complejo de los derechos sociales nos situaría “ante un derecho con contenido regulativo denso donde no sólo hay situaciones jurídicas subjetivas que proteger, sino también deberes de tutela, obligaciones de fomento y puede que también contenidos de procedimiento y organización” (CASCAJO CASTRO, 2012: 24, 29). Finalmente, propone reconducir el debate sobre los derechos sociales argumentando que “los viejos lugares comunes sobre la mayor o menor justiciabilidad de estos derechos, o el reparto de funciones entre legisladores y jueces para la implementación de los mismos, deben dar paso hoy a cuestiones sobre procedimientos y técnicas que incidan sobre una mejor gestión de los servicios que, en régimen jurídico de derecho público, privado, cooperativo o mixto, suministren las prestaciones propias de la ciudadanía” (CASCAJO CASTRO, 2009: 37).

A pesar de este planteamiento correctivo del debate, recientemente tanto las actuaciones normativas como las reflexiones doctrinales sobre la evolución del Estado Social han incurrido en los mismos argumentos conceptuales de resultados prácticos poco efectivos. Paradigmático en ese sentido se antoja el caso de España, donde la técnica jurídica de referencia elegida para culminar y consolidar la dimensión autonómica del Estado Social ha sido, a la luz de las últimas reformas estatutarias, el clásico recurso de las cartas de derechos con fuerte presencia de derechos sociales. A pesar de estar concebidas con una decidida voluntad garantista, incluso a nivel

jurisdiccional, ésta quedó en gran medida frustrada con la STC 247/2007, sobre la naturaleza y régimen de garantía de los derechos estatutarios, a los que negó el carácter de fundamentales y de derechos subjetivos (FJ 15)¹.

Dado que los Estados nacionales no sólo han venido protagonizando un proceso descentralizador a nivel infraestatal, sino que al mismo tiempo la globalización les ha llevado a participar en procesos de integración supranacional con cesión de competencias principalmente económicas, pero de innegable trascendencia social; resulta obligado plantearse la aportación de la Unión Europea (UE) a la articulación práctica y efectiva del Estado Social a través de técnicas o instrumentos jurídicos innovadores respecto a los institutos clásicos. A ese respecto, la influencia de la UE puede concretarse en dos vías de acción que serán aquí objeto de atención. Por un parte, se ha optado por consolidar su proyección social recurriendo también al instrumento tradicional de la carta de derechos (incluidos los de carácter social) mediante su incorporación al Derecho originario a través del Tratado de Lisboa de 2007. Sin embargo, por otra parte, e incluso con anterioridad a dicha iniciativa, cabe advertir en la acción social de la UE la introducción de tendencias innovadoras en el terreno de la articulación práctica de los derechos sociales, proponiendo nuevas condiciones de ejercicio o promoviendo nuevas formas de gestión de prestaciones sociales y servicios públicos. Es esta segunda línea de acción la que se ubica en los terrenos sugeridos por el Prof. CASCAJO para reconducir el debate sobre la evolución del Estado Social y los derechos sociales; razón por la cual merecerá aquí mayor atención.

2.- La aportación de la Unión Europea I. La vía tradicional: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De acuerdo con lo expuesto, no corresponde aquí un estudio detallado de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) incorporada al Tratado de Lisboa ex art. 6.1 TUE. Más bien se trata de referir brevemente cómo, a pesar del avance que ello supone, el instrumento jurídico utilizado sugiere en gran medida los mismos

¹ A pesar de ello, ha sido inevitable la reapertura del debate conceptual de escasos resultados prácticos, mientras que permanecen sin precisar de forma pacífica cuestiones determinantes de la efectividad del Estado Social en el ámbito autonómico, como el sistema de distribución de competencias y el régimen de financiación de las políticas públicas carácter social (vid. MEDINA GUERRERO, 2008).

debates conceptuales y dogmáticos que se derivan de las cartas estatutarias o de las propias constituciones nacionales. Así, por lo que respecta a los derechos sociales reconocidos y al contenido de los mismos, cabe subrayar la incorporación y el reconocimiento en la UE de un amplio catálogo de derechos sociales incluyendo, en unos casos, nuevos ámbitos de protección (el medio ambiente *ex art. 37*), identificando, en otros, a colectivos dignos de una tutela específica (menores, personas mayores y discapacitadas *ex arts. 24-26*) y precisando contenidos de derechos más tradicionales como los relacionados con el trabajo (v.gr. el acceso gratuito a los servicios de colocación *ex art. 29*, la protección en caso de despido injustificado *ex art. 30*) o con la seguridad social (precisando las contingencias que deben ser objeto de protección *ex art. 34.1*). Sin embargo, conforme al art. 51 CDFUE la determinación concreta de las facultades dimanantes de los derechos dependerá del régimen competencial que rijan sobre la materia en cuestión.

En relación con las garantías de los derechos sociales de la Carta, su configuración como derechos públicos subjetivos y consiguiente exigibilidad directa depende de la naturaleza jurídica atribuida a las distintas previsiones de la misma. Así, tanto el TUE (art. 6.1) como la propia CDFUE (art. 51) obligan a diferenciar entre derechos, libertades y principios; operación que se realiza acudiendo a las explicaciones elaboradas por el *Praesidium* de la Convención que la elaboró (*ex art. 52.7 CDFUE*). Éstas catalogan como principios algunos de los preceptos de la Carta (v.gr. arts. 26 y 34.1) que, sin embargo, proclaman literalmente derechos (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2012: 316 ss.). En particular, la cuestión sobre el desarrollo del contenido de los derechos sociales, su carácter no directamente vinculante, la dependencia de la interposición legislativa y la falta de justiciabilidad directa viene suscitada por el art. 51.4 de la Carta², del que se deriva la reedición en la UE del clásico debate sobre el diverso régimen jurídico (debilitado) de los derechos sociales.

² “Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”

Por último, y respecto a las garantías jurisdiccionales, es cierto que en la medida en que los poderes públicos europeos y nacionales ejecuten Derecho de la Unión, los derechos de la Carta afectados se beneficiarán de los mecanismos jurisdiccionales propios del sistema de la UE. Entre ellos se incluyen instrumentos procesales no disponibles en los sistemas nacionales para la tutela de los derechos, como el recurso por omisión para controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones europeas (arts. 265-266 TFUE). Sin embargo, la virtualidad práctica de éste se concretaría sólo en aquellos preceptos reconocidos como verdaderos derechos (sociales), pues respecto a los catalogados como meros principios su alegación se limita (*ex art. 52.5 in fine CDFUE*) al control de la legalidad de “actos aplicativos” de tales principios, sin que se haga referencia a las omisiones que afecten al desarrollo y aplicación de los mismos (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2012: 324-326).

Más allá de particularidades procesales como la apuntada, resulta innegable que el nuevo estatus jurídico (vinculante) adquirido por la Carta bajo el Tratado de Lisboa activa una corriente de enriquecimiento de la tutela de los derechos sociales a través del diálogo jurisdiccional entre las instancias de garantía de los sistemas del Consejo de Europa, la UE y los propios Estados Miembros. Los derechos constitucionales de éstos podrían empezar a interpretarse de acuerdo con la Carta a partir de mandatos de optimación del tipo del art. 10.2 CE (JIMENA QUESADA, 2012; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2012: 326-329). Las sinergias derivadas de tales relaciones se sumarían a algunas de las corrientes jurisprudenciales preexistentes que ya venían reforzando la tutela de los derechos sociales de la mano, especialmente, de la tutela del principio de no discriminación por razón de nacionalidad vinculado a la libertad de circulación (DE MIGUEL BÁRCENA, 2012).

3.- La aportación de la Unión Europea II: tendencias innovadoras en la articulación práctica del Estado Social (La política de empleo como referente).

En la línea marcada por el Prof. CASCAJO de dirigir el estudio de los derechos sociales a “cuestiones sobre procedimientos y técnicas”, se trataría ahora de identificar en la acción social de la UE tendencias que apunten nuevas formas de gestión de

prestaciones y servicios públicos, la definición de nuevas condiciones de ejercicio de los derechos sociales o incluso innovaciones en su estructura. La determinación de esas líneas maestras exige tomar como premisa la limitada capacidad de intervención de la UE en relación con las materias sociales debido al régimen competencial que rija en cada caso y, en función de ello, a los instrumentos jurídicos, estratégicos o actos atípicos con que las instituciones europeas se expresen (AGUDO ZAMORA, 2014).

Las materias sociales suelen estar afectadas por el régimen de competencias compartidas (art. 4 TFUE). Sin embargo, éste se ve matizado en muchos ámbitos concretos por su fuerte componente de estatalidad. Ello limita la acción de la Unión a actuaciones de carácter indicativo, de orientación básica y de coordinación de las políticas nacionales, limitando o excluyendo a veces la finalidad armonizadora propia de la directiva (v.gr. art. 149 *in fine*, 153.2. TFUE). Esta circunstancia, hace cobrar protagonismo a otros instrumentos jurídicos de la Unión, como las decisiones y recomendaciones, o a instrumentos de carácter estratégico como las comunicaciones, resoluciones o los libros blancos (BAR CENDÓN, 2014).

A pesar de tales condicionantes, la acción de la UE ha sido intensa y enriquecedora en algunas materias sociales, además de previa al reconocimiento de virtualidad jurídica a la CDFUE. Afrontar esta labor con instrumentos jurídicamente menos rígidos, y hacerlo guiado de una motivación orientadora y promotora de la innovación en materias con fuertes anclajes nacionales, ha redundando en una mayor creatividad al definir alternativas de configuración práctica del Estado Social y sus derechos; licencias éstas que resulta difícil tomarse en otros contextos y sobre la base de otros instrumentos jurídicos. Para identificar tales alternativas se antoja conveniente, sin embargo, tomar como referencia una concreta materia en lugar de abarcar en un trabajo como éste el conjunto de políticas sociales. Por ello se atenderá a la política europea de empleo, terreno en el que la UE cuenta con una arraigada actividad vinculada con la realización práctica de derechos socio-laborales clásicos (arts. 14.1, 15, 28-34 CDFUE).

El origen de las aportaciones recientes de la UE se ubica en el debate abierto sobre las “transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa”

con motivo del cambio de siglo. En 1996 la Comisión encargó sobre ello un informe a un grupo de expertos bajo la coordinación de Alain SUPIOT, que constató una premisa clave en toda la acción europea en materia de empleo: la sustitución del modelo tradicional de trayectoria profesional basado en el trabajo estable y duradero por una dinámica marcada por múltiples transiciones o estados profesionales³.

El nuevo escenario obligaba, según el informe, a un importante cambio de los sistemas de protección y tutela tradicionales; muy vinculados a la propia relación laboral y a la defensa del puesto de trabajo (tutela económica frente al despido y prestación por desempleo). Frente a la insuficiencia de ese sistema, el equipo de SUPIOT, señalaba la necesidad de reconocer la mayor presencia y relevancia de un nuevo estado o dimensión profesional de las personas que necesitaría de un marco normativo protector más amplio, diverso y adaptable que las acompañara por las distintas situaciones que pueden jalonar hoy su trayectoria profesional. Para ello proponían redimensionar y coordinar los llamados “cuatro círculos del Derecho Social⁴”, y anunciaban la aparición de un nuevo tipo de derechos sociales, los “derechos sociales de giro⁵”, como instrumento idóneo para proteger ese estado o dimensión profesional de las personas expuestas a diversos riesgos (SUPIOT, 1998: 197-217).

A la vez que ese informe, la UE empezó a promocionar el estudio de la teoría de los Mercados de Trabajo Transicionales (MTT) a través de dos importantes proyectos de investigación de la Comisión Europea (“TRANSLAM” y “TLM-NET”), que se

³ V.gr. formación-empleo, cambios de regímenes de empleo y tiempo de trabajo, empleo-paro, vuelta al empleo tras maternidad y cuidado de familiares, tránsito hacia la jubilación, etc.

⁴ Se trata de: a) los derechos sociales universales garantizados a todos independientemente de cualquier trabajo; b) los derechos basados en el trabajo no profesional (cuidado de personas, trabajos voluntarios, autoformación...); c) el derecho común de toda actividad profesional (igualdad, seguridad y salud...); y d) el derecho propio del trabajo asalariado (SUPIOT: 210-211).

⁵ Los derechos sociales de giro (*drawing social rights, diritti di prelievo sociale*) son definidos como “derechos de iniciativa, cuyo ejercicio permanece encerrado en los límites de un crédito anteriormente constituido, pero su realización depende de una libre decisión de su titular y no de un riesgo sobrevenido”. La realización de tales derechos dependería de la constitución de una “provisión suficiente” y de la decisión del titular de utilizar dicha provisión, que habrá de ser facilitada por la administración pública, las empresas u otros agentes (SUPIOT: 212-217).

prolongaron de 1996 a 2006⁶. Esta teoría surgió en Alemania en la segunda mitad de los 90 a partir de los estudios del Prof. Günther SCHMID en el *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*. Reconociendo igualmente la realidad de las transiciones profesionales, considera imprescindible neutralizar los nuevos y diversos riesgos sociales derivados de la dinámica del mercado y el empleo. Ello exige una nueva organización institucional que garantice un sistema de gestión de esos riesgos, una gama de instrumentos idóneos para la construcción de “puentes de empleo”; esto es, medidas que ayuden a prevenir, reducir y superar los riesgos vinculados a las transiciones, facilitándolas desde el punto de vista económico pero, al mismo tiempo, en materia de conservación y desarrollo de la empleabilidad de las personas (SCHMID & SCHÖMANN, 2003).

Ante la complejidad de las transiciones consideradas, la construcción de “puentes de empleo” requiere una nueva configuración de las interacciones entre los sistemas sociales: Educación/Formación, Familia, Mercado de trabajo (trabajadores, agentes sociales, empresas) y Protección Social. Por tanto, la idea de gestión de los riesgos sociales propuesta por los MTT implica la participación en ella tanto del Estado como del sujeto individual y otros agentes privados y partes interesadas; planteando así la necesidad de alcanzar un nuevo equilibrio entre Solidaridad (pública) y Responsabilidad individual respecto a los acontecimientos vitales críticos (SCHMID, 2006; PÉREZ DOMÍNGUEZ, 2010).

La relevancia de los informes y teorías sucintamente referidas reside en el hecho de aportar los fundamentos del concepto de “Flexiguridad” que domina toda la acción europea en materia de empleo desde mediados de los años 2000. Así ocurrió a partir del proceso de debate abierto por la Comisión Europea con el Libro Verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI⁷”, que culminaría con la Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad⁸”. La flexiguridad, definida

⁶ Vid. parte de los trabajos resultantes de tales proyectos en <http://www.siswo.uva.nl/tlm/>. Los principales resultados de ambos pueden encontrarse traducidos al castellano en TOHARIA CORTÉS (2006).

⁷ COM (2006) 708 final.

⁸ COM (2007) 359 def.

como “una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”, se articularía en cuatro ejes que constituyen las prioridades de la política europea de empleo desde entonces: disposiciones contractuales flexibles y fiables; estrategias globales de aprendizaje permanente; políticas activas de empleo eficaces; y modernización de los sistemas de seguridad social.

Por su parte, las estrategias europeas de crecimiento – primero Lisboa y actualmente Europa 2020⁹ – han acogido la flexiguridad como instrumento válido para la consecución de sus objetivos en materia de empleo y funcionamiento del mercado de trabajo europeo¹⁰; y en consonancia con ello, la Estrategia Europea de Empleo intenta articular el concepto en sus diversos ámbitos de actuación (paquete de medidas para el empleo¹¹, empleo juvenil¹², nuevas cualificaciones para nuevos empleos¹³ o servicios públicos de empleo¹⁴, entre otros). En un último nivel de concreción, los planteamientos innovadores en cuanto a la articulación práctica de los derechos sociales de carácter laboral que derivan de la flexiguridad, se traducen en las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados Miembros¹⁵ y las

⁹ Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento sostenible, inteligente e integrador”. COM (2010) 2020 final.

¹⁰ Así se ha mantenido a pesar incluso de la crisis económica, pues la Comisión ha entendido que las políticas de flexiguridad siguen constituyendo “el mejor instrumento para modernizar los mercados de trabajo, y adaptarlas al contexto de una Europa poscrisis” [vid. Comunicación “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo”, COM (2010) 682 final, pp. 2-4]. En esa misma línea vid. “Un compromiso compartido a favor del pleno empleo”, COM (2009) 257 final, p. 3; y “Open, dynamic and inclusive labour markets” [SWD (2012) 97 final], adjunto a la Comunicación “Hacia una recuperación generadora de empleo”, COM (2012), 173 final.

¹¹ Vid. COM (2012), 173 final.

¹² Vid. las Comunicaciones “Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil” [COM (2013), 447 final] y “Promover el empleo juvenil” [COM (2012) 727 final]; así como la Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil [COM (2012) 729 final] y el documento de trabajo adjunto SWD (2012) 409 final.

¹³ Vid. Comunicación “Nuevas Capacidades para Nuevos Empleos”, COM (2008) 868 final.

¹⁴ Vid. Decisión n. 573/2014/UE de 15 de mayo de 2014 sobre una mayor cooperación entre los servicios públicos de empleo (DOUE L 159/34, 28/05/2014).

¹⁵ En el marco de la Estrategia de Lisboa, la flexiguridad fue clara protagonista de las orientaciones para las políticas de empleo (vid. Orientación n. 21) para los períodos 2005-08 (Decisión 2005/600/CE) y 2008-10 (Decisión 2008/618/CE); y así ha continuado siendo bajo Europa 2020. Las orientaciones establecidas en 2010 y mantenidas hasta 2014 (vid. Decisiones 2010/707/UE y 2014/322/UE) establecen que los Estados miembros deberán “introducir una combinación de regímenes contractuales flexibles y fiables, políticas activas del mercado laboral y políticas eficaces de aprendizaje permanente, así como promover la movilidad laboral y unos sistemas adecuados de seguridad social que garanticen las

recomendaciones específicas por países que adopta el Consejo de la UE. Aquéllas son adaptadas y recibidas por los Estados Miembros en sus planes nacionales de reforma y planes nacionales de empleo para, finalmente, traducirlas en reformas concretas de las regulaciones laborales y de seguridad social nacionales.

Como se expondrá a continuación, algunas de esas reformas ofrecen ya resultados representativos de los planteamientos sostenidos por los conceptos y teorías promovidos por la UE. Su implementación permite inducir algunos planteamientos innovadores en la articulación práctica de los derechos sociales afectados en este ámbito de la política europea. Sin embargo, además de los planteamientos específicos que pueden advertirse en campos materiales concretos, no puede obviarse la influencia complementaria de otras tendencias transversales presentes en cualquier planteamiento reformista que afecte hoy día a la acción normativa e intervencionista de las Administraciones Públicas y sus relaciones con los ciudadanos. En tal sentido, deben traerse a colación las propuestas relativas a la “nueva gestión pública” (*New Public Management*), modelos alternativos de gobernanza, transparencia y evaluación de las políticas públicas¹⁶.

Tomando en consideración las aportaciones que derivan de la política europea de empleo, corresponde, llegado a este punto, extraer algunos planteamientos reconfiguradores de la articulación práctica del Estado Social y los derechos sociales que se concretarían al menos en dos momentos o escenarios distintos: el de la gestación de las políticas y normas que diseñan los servicios y prestaciones sociales, de un lado, y el momento de su aplicación, ejercicio e implementación, de otro. En el primero de ellos, destacarían los siguientes rasgos característicos:

1. La toma de conciencia sobre la capacidad limitada de los Poderes Públicos para configurar por sí mismos respuestas idóneas a todas las demandas de carácter social que se plantean. Ello supone: a) el cuestionamiento de la capacidad omnicompreensiva

transiciones en el mercado de trabajo, acompañados de una definición clara de los derechos y responsabilidades para que los desempleados busquen trabajo activamente” (Orientación n. 7).

¹⁶ La modernización de las administraciones públicas es también objeto de la Estrategia Europa 2020 [vid. Comunicación “Semestre Europeo 2014. Cimentar el crecimiento”, COM (2014) 400 final, y “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, COM (2005) 97 final]. En el ámbito académico destacan los trabajos de BARNÉS, J. (2008, 2012a).

de la ley y de la autosuficiencia de la Administración Pública, el alejamiento del sistema vertical-jerárquico de regulación tradicional (ley general-reglamento de desarrollo) y un nuevo reparto de roles entre ambas fuentes; b) la apertura hacia nuevos formatos o procedimientos de regulación cooperativos, consensuales, autorregulativos, abiertos a la participación directa de agentes no exclusivamente políticos; c) el recurso, en su caso, a la utilización de nuevos instrumentos normativos (*soft law*) como códigos de conducta y buenas prácticas, estándares internacionales, etc.

La concreción de este planteamiento en el ámbito laboral pasaría por el refuerzo del diálogo social y la implicación de los agentes sociales que la UE postula como condición necesaria para el éxito de las políticas flexiseguras. En perspectiva interna destacaría el reforzamiento de la negociación colectiva a nivel de empresa desde la reforma de 2011¹⁷; o bien el proceso de consulta y participación de las partes interesadas previo a la aprobación del “Sistema Nacional de Garantía Juvenil¹⁸”, así como de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y los Planes Anuales de Política de Empleo¹⁹ (arts. 4 *bis* y 4 *ter* Ley 56/2003, de Empleo –LE–).

2. La necesidad de articular un sistema de servicios y prestaciones que permitan una tutela integral, continuada y adaptable de las situaciones de riesgo, con el objetivo de evitar la cronificación de los estados de necesidad. Para ello se demanda un ajustado equilibrio entre las políticas pasivas y activas de protección social, esto es, entre la lógica tuitiva de carácter paliativo o resarcitorio y la lógica preventiva y proactiva.

En la perspectiva de los mercados de trabajo transicionales, se trataría de engranar instrumentos de tutela adecuados para las diversas transiciones²⁰ de forma que, en cada supuesto, los requisitos de activación y la condicionalidad del disfrute de las

¹⁷ Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE n. 139, 11/06/2011).

¹⁸ Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE n. 163, 05/07/2014) y posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre (BOE n. 252, 17/10/2014), arts. 87 ss.

¹⁹ Para 2014 vid. Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre (BOE n. 232, 24/09/2014); y para 2015, Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 julio (BOE n. 191, 11/08/2015).

²⁰ V.gr. garantía juvenil, contratos formativos, formación profesional en el empleo, orientación e información profesional, prestación por desempleo contributivo, subsidio por desempleo asistencial, renta activa de inserción, cauces flexibles y adaptables de acceso a la jubilación...

prestaciones puedan modularse dando lugar a un “planteamiento de responsabilidades mutuas que mantenga la incentivación del trabajo y, al mismo tiempo, garantice los ingresos, ofreciendo una ayuda personalizada a la búsqueda de empleo y protección contra el riesgo de pobreza²¹”.

Por lo que respecta al momento de la aplicación, ejercicio o implementación de las normas y políticas configuradoras de estrategias de tutela y protección social, cabe advertir las siguientes tendencias innovadoras:

1. La intervención de agentes públicos y privados en un marco de cooperación dirigido a asegurar la interacción positiva entre sistemas sociales diversos como la familia, el mundo económico-empresarial, el sistema formativo y el tercer sector además, obviamente, del Estado.

En esa línea se inscribirían la apertura de la intermediación laboral a agencias de colocación privada con ánimo de lucro, con posibilidad de prestar servicios de forma tanto autónoma como en régimen de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo²²; la participación de nuevas entidades en el diseño e implementación del subsistema de formación profesional para el empleo, más allá del protagonismo tradicional de los agentes sociales²³; o el entramado de actores participantes en la implementación de la garantía juvenil en España²⁴.

2. La intervención simultánea de varias administraciones en el diseño de estrategias de tutela efectivas y complementarias; esto es, una cooperación interadministrativa que persiga la conjunción de recursos de todo tipo (financieros, fiscales, formativos, asistenciales y jurídico-laborales) en aras de una estrategia integral y coherente. Ello exigiría ir más allá de la natural colaboración que corresponde a una organización descentralizada en el marco de una política material, estableciendo cooperaciones,

²¹ Vid. COM (2012) 173 final, pág. 12. En este sentido, la reciente implementación en España de la Garantía Juvenil ofrece cuatro programas distintos de medidas a partir de los que se definirá – de forma secuenciada – la atención a prestar a los solicitantes, quedando ésta vinculada “a la realización de un perfil con las características de la persona a atender” (art. 90.1.a Ley 18/2014, de 15 de octubre).

²² Vid. art. 21 bis LE.

²³ Vid. art. 26 LE.

²⁴ Vid. art. 88 Ley 18/2014, de 15 de octubre.

interacciones y dependencias eficaces entre políticas materiales diversas al servicio de un objetivo común como el acceso al empleo y la evitación de la exclusión social²⁵.

3. Intervención activa, y no meramente ejecutiva, de la Administración en el diseño último de las estrategias de tutela en cooperación con otros agentes; promoviendo así un nuevo concepto de discrecionalidad positiva y creativa que no estaría exenta de controles *ad hoc*. Esta nueva actitud de las Administraciones prestadoras de servicios y prestaciones deriva del principio de individualización de las ayudas que preconiza la política europea en aras de su eficacia, y que ya habría sido acogido por la normativa nacional en materia, por ejemplo, de políticas activas de empleo²⁶.

4. En consonancia con lo anterior, una efectiva atención individualizada requeriría del reconocimiento de espacios para la implicación del individuo en la gestión de sus propios riesgos sociales. Así, su tradicional posición frente a las políticas y prestaciones sociales evolucionaría desde su concepción como objeto o mero destinatario-peticionario de las mismas, a la de protagonista en el ejercicio y concreción de su derecho en colaboración con la Administración. Ello implica, por un parte, una configuración flexible y adaptable de los instrumentos públicos de tutela mediante el reconocimiento de espacios para la iniciativa individual y márgenes de configuración autónoma de las prestaciones; y por otra, la superación del diseño estandarizado de instrumentos de tutela. Paralelamente a dicho planteamiento surge la necesidad de modular los niveles de condicionalidad, cargas o elegibilidad de las prestaciones y servicios en función de la necesidad, riesgo o colectivo concreto a tutelar, como ocurre con el compromiso de actividad que deben suscribir los beneficiarios de prestaciones y

²⁵ Piénsese en las interacciones entre la previsión de modalidades contractuales y bonificaciones a la contratación en materia de seguridad social, o en el desarrollo de programas formativos y de orientación para la movilidad laboral acompañados de incentivos fiscales para ello, entre otros posibles ejemplos.

²⁶ Así se recoge en los objetivos de la política de empleo (arts. 2.c, 2.h LE), entre los principios generales que presiden el diseño y ejecución de las políticas activas de empleo (art. 24.1.a LE) o en los objetivos en materia de orientación profesional (art. 4 *bis*.4.a LE). Y más contundentemente se evidencia en relación con las personas desempleadas para las que “la articulación del itinerario individual y personalizado de empleo se configura como un derecho” *ex art. 19 sexies LE*.

subsidios por desempleo²⁷ o los compromisos de participación activa vinculados a determinadas medidas de activación para el empleo.

Sería éste el ámbito de desarrollo de los “derechos sociales de giro” antes referidos, entre cuyas concreciones podrían identificarse: las sucesivas reformas flexibilizadoras de las formas de percepción de la prestación por desempleo y la posibilidad de capitalizar su cobro en un pago único²⁸; la previsión de “cheques formativos” – canjeables ante proveedores de formación libremente elegidos – como concreción del derecho individual a la formación profesional tanto de trabajadores activos²⁹ como de desempleados³⁰; las propuestas de reforma del sistema de indemnización por despido inspiradas en el llamado “modelo austríaco³¹”; o el diseño de sistemas de créditos/préstamos horarios entre trabajador y empresario para atender necesidades formativas o familiares, entre otras medidas orientadas a posibilitar una gestión individual de la carrera profesional³².

5. Los nuevos roles descritos conceden una renovada importancia a los procesos de relación Administración – Administrado previos a la determinación y reconocimiento de las prestaciones, pues deben promover contextos relacionales de carácter consensual y cooperativo antes que imperativo. En conexión con ello, se subraya la necesidad de adecuar a tales premisas el procedimiento administrativo y, especialmente, los controles intra-administrativos y judiciales, junto con la previsión y fomento de cauces extrajudiciales para la resolución de conflictos.

6. Igualmente, la apertura a agentes privados de la actividad de prestación de servicios relacionados, en este caso, con el mercado de trabajo (agencias de colocación,

²⁷ Vid. arts. 27 LE y 231 TRLGSS.

²⁸ Vid. art. 228.3 TRLGSS y el Cap. I del Título I de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE n. 179, 27/07/2013).

²⁹ Vid. art. 23.3 ET.

³⁰ Vid. arts. 6.5.b, 13.3 y DA 2ª Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral (BOE n. 217, 10/09/2015).

³¹ Sin que llegara a desarrollarse, la DA 10ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo preveía la “constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral” cuya “regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación”.

³² Vid. una relación de ejemplos de medidas “flexiseguras” en el documento SWD (2012) 97 final.

recolocación, proveedores de formación profesional acreditados, etc.), plantea la necesidad de una regulación detallada de las relaciones entre administrados y agentes privados cuando prestan servicios públicos bajo diversos regímenes de colaboración público-privada o bien de forma autónoma³³.

7. Finalmente, y con carácter transversal a los dos momentos o escenarios señalados, cualquier planteamiento reformista que afecta a las políticas públicas debe estar presidido por la introducción de mecanismos de control y auditoría de eficiencia del impacto y resultados de las mismas. La realización de tales actividades exige como premisas transparencia y objetividad, lo que obligaría a dar entrada a agentes externos para garantizar una evaluación fiable, útil y un efecto “feed-back” enriquecedor³⁴.

4.- Conclusiones.

La somera aproximación realizada a la articulación efectiva – esto es, a las “cuestiones sobre procedimientos y técnicas” – de algunos de los derechos socio-laborales recogidos en la CDFUE y en los ordenamientos constitucionales nacionales a la luz de las previsiones de la política europea de empleo, ha sido suficiente para advertir novedades no menores que afectan a la propia estructura y concepto de los derechos sociales.

Desde el punto de vista subjetivo, ha podido constatarse como los derechos sociales estarían expuestos a un enriquecimiento y diversificación de la posición de los sujetos pasivos. En efecto, así se deriva de la participación de agentes privados en el desempeño de servicios públicos que deben concretarse en la definición de ayudas o tutelas concretas. Desde el punto de vista de sus contenidos, la definición de los mismos no dependería exclusivamente de la mediación legislativa y reglamentaria, sino que admitiría nuevos espacios o fases sucesivas de determinación, con

³³ En relación con las agencias de colocación privadas vid. art. 21 *bis* LE y RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Una visión más amplia sobre la intervención de agentes privados en sectores de tradicional intervención pública en BARNÉS (2012b).

³⁴ En este sentido, véase como, a instancias de la UE [v.gr. COM (2012) 173 final, pp. 23-25], los Planes Anuales de Política de Empleo de España (para 2015, vid. BOE n. 191, 11/08/2015) establecen los objetivos estructurales y estratégicos a conseguir, con indicación de los programas y medidas dispuestas para ello y, sobre todo, el establecimiento de indicadores (mesurables) que permitirán la medición del nivel de ejecución de los objetivos no sólo a nivel interno sino también desde una perspectiva multilateral.

intervención de las partes interesadas y, en última instancia, del propio titular y sujeto activo del derecho.

Por lo que respecta a las facultades y condiciones de ejercicio, la tendencia a la definición individualizada de prestaciones y servicios supone el reconocimiento al titular del derecho de ámbitos de autonomía, libre determinación o libertad positiva en los derechos sociales (MENGONI, 1998: 2, 6-8; LIMARDO, 2006: 218-219), que dista mucho de su tradicional y limitada concepción como derechos prestacionales sin margen para la autodeterminación, y se postula como una vía paliativa de la crisis de legitimación y racionalidad del Estado Social (PORRAS NADALES, 1991: 80 ss.). Asimismo, el entramado de relaciones administración/agente privado – administrado, responsabilidades mutuas, regímenes de condicionalidad y elegibilidad que se deriva de ello dibuja una nueva dinámica de “contractualización” de las prestaciones y servicios sociales en aras de su eficacia (VALDÉS DAL-RÉ, 2002).

Finalmente, en el terreno de las garantías, la amplitud y complejidad de los actos y procedimientos en que se articulan en la práctica los derechos sociales, y la diversidad de sujetos intervinientes, generan nuevos espacios y oportunidades para el control de la eficacia y realización de los mismos; control que correspondería no sólo a los órganos judiciales, sino también a instancias administrativas e incluso extrajudiciales.

Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.

AGUDO ZAMORA, M. (2014). “Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L., *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BAR CENDÓN, A. (2014). “La política social de la Unión Europea”, *ibidem*.

BARNÉS, J. (ed.) (2012a). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, España.

BARNÉS, J. (2012b). "El sujeto privado en la Constitución Económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica", en VV.AA. *La Constitución Económica*, CEPC, Madrid, 33-75.

BARNÉS, J. (ed.) (2008). *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, España.

CASCAJO CASTRO, J.L. (2009). "Los derechos sociales, hoy", en *Revista Catalana de Derecho Público*, n. 38, 21-42.

CASCAJO CASTRO, J.L. (2012). "Derechos Sociales", en VV.AA. *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20-44.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2012). "Lisboa, la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos sociales", *ibidem*, 315-329.

DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2012). "La Constitución antidiscriminatoria y los derechos sociales en la Unión Europea", *ibidem*, 331-343.

JIMENA QUESADA, L. (2012). "La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa", *ibidem*, 135-163.

LIMARDO, E. (2006). "L'attualità dei diritti sociali", en *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2.

MEDINA GUERRERO, M. (2008). "Derechos sociales y financiación autonómica", en AGUDO ZAMORA, M. (coord.): *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, CENTRA, Sevilla.

MENGONI, L. (1998). "I diritti sociali", en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, I.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F. (2010). "Los mercados de trabajo transicionales: proyección normativa", en VV.AA.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. Vol. I*, MTAS, 539-566.

- PISARELLO PRADOS, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid.
- PORRAS NADALES, A.J. (1991). "Problemas de configuración jurídica del Estado democrático avanzado", en *RCEC*, n. 8, 79-97.
- SCHMID, G. & SCHÖMANN, K. (2003). "The concept of transitional labour markets and some policy conclusions: the state of the art", *TLM.NET Working paper*, n. 2003-01.
- SCHMID, G. (2006). *Sharing risks: on social risk management and the governance of labour market transitions*, Discussion Paper, n. SP I 2006-101, WZB, Berlín.
- SOTELO, I. (2010). "El futuro del Estado Social", en *Claves de Razón Práctica*, n. 201, 14-23.
- SUPIOT, A. (1998). *Transformation of labour and future of Labour Law in Europe*, European Comission, final report.
- TOHARIA, L. (2006). *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, MTAS, Madrid.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2002). "Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social", en *Revista de Derecho Social*, n. 20, 13-37.

UNA RESPONSABILIZZAZIONE SOCIALE PER L'EUROPA

Marta Caredda

*Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale
Università degli Studi di Roma Tre*

Sommario:

1. Gli sviluppi della governance economica e l'impegno sociale in Europa.
2. Dai sintomi ai rimedi.
3. I problemi della rappresentanza democratica e l'iniziativa del cittadino europeo.

Abstract in italiano

UNA RESPONSABILIZZAZIONE SOCIALE PER L'EUROPA

Il lavoro si propone di affrontare due questioni, tra loro connesse: a) se si stia effettivamente costruendo un modello sociale europeo; b) se il cittadino ne sia partecipe contribuendo, attraverso il voto, a definirlo o se possa, tramite l'iniziativa popolare, stimolarne lo sviluppo. I nuovi vincoli ai bilanci nazionali e la regolamentazione dei programmi di risanamento finanziario per i singoli Stati, introdotti nell'Eurozona per fronteggiare la crisi ma destinati a disciplinare le politiche economiche del futuro, si inseriscono in un contesto, quello del diritto dell'Unione, che persegue anche obiettivi di politica sociale (artt. 4, 5 e 9 TFUE), affidando agli Stati il compito della concreta erogazione delle prestazioni. Coniugare vincoli di bilancio ed offerta di prestazioni sociali è oggi un problema dei singoli Paesi membri che hanno sofferto gli evidenti riflessi delle misure europee sulla sostenibilità dei sistemi di Welfare. Perché si possa parlare di un ordinamento europeo coerente con i suoi stessi principi, occorre una *responsabilizzazione sociale* dell'Europa, che può esprimersi in forme diverse. Viene qui presa in considerazione l'idea della definizione, in sede sovranazionale, di standard minimi per prestazioni sociali (Livelli Essenziali di Assistenza condivisi a livello europeo, cui dovrebbe essere attribuita una precisa funzione di garanzia) e quella dell'indicazione agli Stati membri di istituire una riserva di bilancio per le garanzie sociali, nell'ottica del corretto bilanciamento tra garanzie sociali e regolarità dei conti. Affinché si realizzi una dimensione sociale europea occorre che il popolo svolga un ruolo propulsivo: s'impone un'ulteriore riflessione sulla rappresentanza democratica (soprattutto sulla partecipazione dei parlamentari europei alla definizione degli indirizzi politici generali dell'Unione e dei programmi di risanamento che interessano i singoli Stati) e un'attenta valutazione delle virtualità dell'iniziativa diretta dei cittadini per stimolare l'intervento sociale, oggi possibile attraverso la procedura definita dal Reg. 211/2011.

Resumen en español

RESPONSABILIDAD SOCIAL PARA EUROPA

El autor desarrolla su análisis formulando dos preguntas: ¿existe una "dimensión social europea"? ¿Puede el ciudadano comunitario participar, a través del voto o de la iniciativa legislativa, en su proceso de formación? A partir de 2008, la UE no se ha limitado a gestionar únicamente los efectos de la crisis financiera, ya que las medidas producto de la nueva colaboración en materia de política económica entre los Países de la Eurozona han creado un sistema de normas que regularán las políticas del futuro; por otro lado, el ordenamiento de la UE no deja de proteger también los derechos sociales como garantía del bienestar de la población europea (art. 4, 5, 9 TFUE). La cuestión que nos interesa es que la UE, aunque se hace promotora del desarrollo

de la protección social, a su vez, ha tomado decisiones económicas susceptibles de perjudicar la capacidad de los Estados de emplear los recursos públicos que sean necesarios para ofrecer prestaciones sociales. Para asegurar coherencia con los principios expresados en los Tratados la UE debería sentir una *responsabilidad social*, que llevaría a la introducción de mecanismos de control sobre el impacto social de sus medidas económicas: se tomará en consideración la idea de definir niveles mínimos de atención social europeos y la propuesta de pedir a los Estados que, junto a la introducción del vínculo del equilibrio del balance público, instituyan una reserva financiera para la oferta de garantías sociales. Los ciudadanos europeos pueden (¡deberían!) jugar un papel proactivo; el Parlamento, representante de la ciudadanía europea, no participa en muchas de las decisiones importantes en materia económica, por lo que se debería tomar en serio la idea de estimular el desarrollo de mecanismos de garantía social a través de la iniciativa legislativa directa de los ciudadanos según lo previsto en el Reg. 211/2011.

Abstract in English

A SOCIAL RESPONSABILIZATION FOR EUROPEAN UNION

The aim of this paper is to answer two interconnected questions: a) is Europe building an “european social model”? b) are the citizens contributing to the development of this model, through their vote or the direct popular initiative? The new national budget constraints and the regulation of financial recovery programs for member States, introduced in the Eurozone to face the financial crisis but now set to regulate the economic policy of the future, lie within a legal framework that is intended also to protect the social rights (art. 4, 5, 9 TFEU), where member States are given the duty to provide social services. Member States face the challenge of ensuring welfare benefits within the tight budget constraints, reflecting the European measures on Welfare systems sustainability. To be coherent with the european protection of social rights, the Union should undergo a process of 'social responsabilization'; it may takes different forms. The paper considers the idea of setting at European level some minimum standards for social benefits and the proposal to impose to the States the creation of a financial reserve for social guarantees (as in the Brazilian Case), in order to have the right balance between the social guarantees and balanced budgets. In the light of this european involvement, citizens shall play an active role: if the parliamentary representation is not enough, because of the (marginal) role that parliament has in the Union general economic policy and in the definition of financial programs for member States, one should consider the direct citizens' initiative, in accordance to the Regulation 211/2011 procedure, as a way to stimulate european social intervention.

Introduzione

Questo lavoro affronta due questioni, tra loro connesse: la prima è la problematica separazione tra politica macroeconomica e politica sociale, l'una governata in Europa e l'altra lasciata agli Stati membri, che mette a rischio la realizzazione dell'economia sociale di mercato ai cui valori l'UE ha scelto di ispirarsi; la seconda è la possibilità per il cittadino comunitario di partecipare alla costruzione di tale modello, la sua capacità di contribuire, col voto e con l'iniziativa legislativa, al suo sviluppo.

1.- Gli sviluppi della governance economica e l'impegno sociale in Europa.

Il diritto primario dell'UE annovera tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione la politica monetaria dei Paesi dell'Eurozona, mentre per quanto riguarda la politica economica prevede che, ferma restando la competenza dei singoli Stati, a livello europeo ci si impegni in un costante coordinamento (artt. 3 e 5 TFUE); stabilisce, inoltre, una competenza concorrente tra UE e Stati riguardo la politica sociale (art. 4 e 5 TFUE). Gli articoli 2, 5 e 119 del TFUE costituiscono il fondamento giuridico del coordinamento delle politiche economiche: essi impongono agli Stati membri di considerarle una questione di interesse comune e di coordinarle tra loro.

Dal 2010 ad oggi sono cambiate molte cose nel modo di intendere il "coordinamento", o meglio nel modo di intendere i vincoli reciproci che tale condivisione di indirizzi comporta: la crisi dei debiti sovrani ha portato gli Stati dell'Eurozona a demandare all'Unione non solo la gestione della crisi medesima, ma anche la costruzione di un impianto di regole macroeconomiche comuni che avrebbero disciplinato le politiche di bilancio non solo finché fosse durata la crisi, ma anche per il futuro. Fino a qualche anno fa il coordinamento delle politiche economiche non veniva regolato da norme giuridicamente vincolanti, fatta eccezione per i parametri comuni circa le politiche di bilancio definite nel Patto di Stabilità e Crescita (PSC). La crisi, che ha fatto emergere tendenze insostenibili figlie delle scelte politiche di molti Paesi europei, ha inoltre palesato l'interdipendenza tra le economie degli Stati appartenenti all'Unione. Si è realizzato che sia la fase di contenimento degli effetti della crisi

finanziaria che quella di rilancio della crescita dovevano essere gestite insieme e che non era più possibile che ognuno scegliesse liberamente le proprie soluzioni. I provvedimenti che hanno inaugurato la nuova stagione della *governance* economica europea si sono ispirati ad un modello di c.d. *austerity* che, come noto, ha l'obiettivo primario di ricercare l'equilibrio dei conti pubblici e l'abbattimento del debito.

L'intervento europeo ha voluto, *in primis*, evitare i collassi finanziari dei Paesi della zona euro più colpiti dalla crisi (c.d. *crisis management*) ed è cominciato con l'istituzione, con Regolamento n. 407/2010, del EFSM (*European Financial Stabilisation Mechanism*) e, contestualmente, con la costituzione di una società di diritto privato lussemburghese (EFSF - *European Financial Stability Facility*) partecipata dagli Stati membri. Il primo emettendo obbligazioni, la seconda concedendo prestiti o garanzie, erano entrambi strumenti volti ad assistere finanziariamente gli Stati vicini al *default*, concludendo accordi che condizionassero gli aiuti al rispetto di programmi di risanamento della contabilità pubblica; di quest'assistenza si sono giovati Grecia, Portogallo e Irlanda. L'EFSM aveva, però, durata triennale e la sua base giuridica si rinveniva nell'art. 122 par. 2 TFUE, che consente l'aiuto se lo Stato si trova in grave difficoltà e in circostanze eccezionali, in deroga al generale divieto di salvataggio di cui all'art. 125 TFUE. Presto si è reso necessario che la possibilità dell'assistenza finanziaria divenisse permanente: è stato inserito un terzo paragrafo nell'art. 136 TFUE per consentire la creazione del Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM – *European Stability Mechanism*), che è stato istituito tramite la stipula di un Trattato internazionale. Attraverso una particolare procedura, il M.E.S. può sostenere finanziariamente un Paese che lo richieda, sempre che si impegni a rispettare un programma di correzioni macroeconomiche predisposto *ad hoc* (ne hanno usufruito, fino ad oggi, le banche spagnole e cipriote).

Adottando una prospettiva di più lungo periodo, l'Unione ha poi intensificato, come si è accennato, il coordinamento delle politiche di bilancio (c.d. *crisis prevention*), definendo regole che rimarranno a determinare le politiche economiche di tutta l'Eurozona. Per superare la formulazione originaria del PSC (Reg. 1466/97), sono state approvate riforme importantissime iniziando col Semestre europeo per finire con il c.d.

Fiscal Compact. Il Semestre, approvato nel 2010 ma inserito poi nel c.d. *Six Pack* a dicembre 2011, rappresenta la svolta nel senso dello spostamento a livello europeo della programmazione del bilancio statale: gli Stati membri hanno l'obbligo di rispettare, con le leggi di bilancio della seconda parte dell'anno, gli obiettivi di medio termine concordati con Consiglio UE e Commissione nel primo semestre. S'intende che la principale novità è rappresentata dal fatto che l'intervento delle autorità europee, da questo momento in poi, avviene nella fase di formulazione delle politiche fiscali e di bilancio e non più solamente nella valutazione dei risultati. Mentre i cinque regolamenti e una direttiva che compongono il *Six Pack* e i regolamenti del c.d. *Two Pack* introducevano novità sia sulla parte preventiva che su quella correttiva, veniva stipulato il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, c.d. *Fiscal Compact*, noto perché prescrive agli Stati membri di prevedere in disposizioni vincolanti, di natura preferibilmente costituzionale, la regola del pareggio di bilancio; mira, inoltre, alla riduzione del debito pubblico eccedente il 60% nel rapporto Pil/debito e stabilisce quali accordi vadano presi quando si è sottoposti alla procedura per *deficit* eccessivo.

Come si è visto, l'impianto normativo è in parte composto da atti di diritto derivato UE, in parte da norme di Trattati internazionali (M.E.S., F.C.). La possibilità di stipulare accordi internazionali per intensificare il coordinamento in materia di politica economica non è discussa (a maggior ragione dopo la sentenza *Pringle*¹) visto che la materia non è di competenza esclusiva dell'Unione; la scelta effettuata è, però, discutibile perché novità tanto importanti per la *governance* economica europea forse meritavano l'inserimento nel sistema normativo e giurisdizionale comunitario². Ad ogni

¹ Causa C-370/12, *Pringle*, decisa il 27 novembre 2012.

² Sembra lecito domandarsi: che senso ha avuto la modifica del Trattato (giustificata dalla necessità di dare copertura all'istituzione del M.E.S. nel diritto primario UE) se poi è stato siglato un accordo internazionale che poteva essere firmato anche senza la revisione dell'art. 136 TFUE (M. MESSINA, 2013)? Il F.C. prevede la sua incorporazione nel diritto dell'Unione entro cinque anni (indicandone anche le modalità, art. 10 F.C.) e la (discutibile) applicazione delle regole del F.C. tramite atti di diritto derivato UE (cosa che dovrebbe accadere solo quando tale incorporazione sarà avvenuta!). Non sarebbe stato più semplice evitare questo doppio passaggio? Dubbi sull'opportunità della scelta emergono anche se si pensa che, pur fuori dall'ordinamento UE, tali Trattati attribuiscono, però, un ruolo ben preciso delle Istituzioni europee nelle procedure da essi disciplinate, come vedremo in seguito.

modo, sia il F.C. che il M.E.S. si dichiarano rispettosi del diritto dell'Unione³ e, dunque, nonostante siano formalmente fuori da esso, hanno l'obbligo di non imporre programmi e vincoli idonei a pregiudicare i valori e gli obiettivi propri dell'ordinamento UE.

Quest'ultimo, tra gli altri aspetti, "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su [...] *un'economia sociale di mercato* fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al *progresso sociale* [...]. Un modello di società che comprende al suo interno anche la *garanzia dei diritti sociali*" (art. 3, co. 3 TUE). La Carta dei diritti fondamentali, divenuta fonte di rango primario nel 2009, già nel Preambolo pone la persona al centro dell'azione dell'Unione e afferma l'inviolabilità della dignità umana, meglio declinata poi nell'art. 34 come "esistenza dignitosa". Questo articolo e il successivo tutelano i diritti alla sicurezza sociale, ai servizi sociali e alla salute, o, meglio, li riconoscono perché rinviano alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali per la definizione dell'intensità e dei connotati di tale tutela.

Nel Trattato di Lisbona è stata, inoltre, inserita una importante novità all'art. 9 TFUE, nota come "clausola sociale orizzontale": «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana»⁴.

L'azione dell'Unione dovrebbe, dunque, esplicitarsi con l'obiettivo di mantenere un adeguato livello di benessere sociale del popolo europeo: vi sono alcune norme che impongono alla stessa Unione di calibrarla in modo da non recare ad esso pregiudizio, ve ne sono altre in cui è sancito il riconoscimento dei diritti fondamentali ma viene affidata agli Stati membri la loro concreta garanzia, nel quadro della competenza concorrente in materia definita dagli artt. 4 e 5 TFUE.

³ Cfr. art. 2 F.C.; *considerando* che aprono l'articolato del Trattato M.E.S.

⁴ Se volessimo citare anche atti non formalmente vincolanti, ma comunque approvati dagli Stati membri, potremmo riferirci all'Agenda sociale europea per il 2008 e alla Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, che, pur essendo esterna all'ordinamento UE, s'inserisce nel sistema del Consiglio d'Europa a cui gli Stati membri partecipano.

Assistiamo, oggi, alle difficoltà che incontrano gli Stati per continuare a garantire le prestazioni sociali; esse sono conseguenza *anche* dei vincoli imposti dall'Europa nei programmi di ristrutturazione della conti pubblici. L'UE si affida, come dicevamo, affinché i diritti vengano concretamente esercitati, ai sistemi nazionali, ma la fissazione di vincoli di bilancio e la predisposizione di programmi *ad hoc* per la correzione degli squilibri finanziari non possono che avere ripercussioni sull'ampiezza e qualità dell'investimento pubblico per le politiche sociali; è per questo che la separazione tra politica economica, decisa in Europa, e politica sociale, lasciata agli Stati è questione problematica, cioè perché la prima necessariamente condiziona la seconda.

I sintomi di questo problema sono visibili, per trovare delle soluzioni occorre constatare l'assenza di strumenti che vogliano coniugare le nuove regole economiche con la sopravvivenza dei diritti sociali. E' possibile, a nostro avviso, proporre l'inserimento di meccanismi idonei allo scopo, pur mantenendo questa ripartizione di competenze (artt. 3, 4 e 5 TUE); riteniamo che essi possano inserirsi nel contesto decisionale europeo oppure essere introdotti nelle legislazioni nazionali dei singoli Stati: l'Europa potrebbe contenere, *ab origine*, i riflessi problematici della sua legislazione in materia economico-finanziaria, producendo norme il cui contenuto già sia espressione del bilanciamento con i bisogni sociali della popolazione oppure potrebbe indicare agli Stati degli strumenti che aumentino la capacità di resistenza dei sistemi di Welfare nazionali all'impatto delle nuove regole "correttive" degli squilibri. Passando per qualche esempio, tenteremo di delineare qualche soluzione.

2.- Dai sintomi ai rimedi.

Alcune recenti vicende testimoniano la sofferenza dei sistemi di Welfare di alcuni Paesi europei e, conseguentemente, la difficoltà della tutela effettiva dei diritti sociali fondamentali.

Consideriamo la situazione del Portogallo e della Grecia, che hanno beneficiato degli aiuti del EFSF e hanno accettato di rispettare, contestualmente, i programmi di risanamento cui gli aiuti erano condizionati.

Il giudice costituzionale portoghese ha dichiarato incostituzionale, con sent. n. 187 del 5 aprile 2013, la legge di bilancio dello Stato, i cui contenuti erano per la maggior parte da considerarsi attuazione delle indicazioni europee. Il Tribunale costituzionale ha riscontrato la violazione del principio di uguaglianza (la riforma colpiva i lavoratori pubblici molto più incisivamente rispetto ad altre categorie) e del principio di progressività delle imposte, nonché la violazione del giudicato costituzionale. Era già stata dichiarata incostituzionale la legge di bilancio dell'anno precedente con una decisione ad efficacia differita che, peraltro, lasciava il tempo al legislatore di adeguarsi ad una sentenza tanto stravolgente. Ritrovando, invece, riprodotte varie misure già censurate l'anno precedente, i giudici costituzionali hanno deciso di dare rilievo decisivo alla necessaria tutela di quei diritti che le misure adottate per combattere la crisi stavano pregiudicando.

Il Comitato europeo sui diritti sociali del Consiglio d'Europa ha accolto diversi ricorsi proposti da associazioni di categoria greche, constatando la violazione di vari diritti sanciti nella Carta sociale europea. Il pregiudizio più grave lo hanno subito i pensionati e i giovani lavoratori: le misure adottate dal governo ellenico hanno inciso sui diritti acquisiti dai lavoratori greci in maniera tale da determinare una violazione del diritto alla sicurezza sociale; ha imposto riduzioni alle retribuzioni dei più giovani tanto significative da non poter rappresentare la giusta misura per il perseguimento del fine di facilitare il loro ingresso nel mercato del lavoro, manifestamente violando il diritto all'equa retribuzione⁵ (CALVANO, 2014; MOLA, 2013).

La crisi economica è divenuta crisi sociale, molti più cittadini europei hanno conosciuto la povertà; quasi 48 milioni di persone sono disoccupate nei Paesi dell'area OCSE (15 milioni in più rispetto al 2007) e il numero di persone che vive in una famiglia senza reddito da lavoro è raddoppiato in Grecia, Irlanda e Spagna.

Per quanto concerne l'Italia, pur non dovendo rigorosamente rispettare un programma di correzione, i governatori hanno optato per seguire le indicazioni che, in maniera chiara, andavano nella direzione di considerare i tagli alla spesa come

⁵ Si segnalano la decisione del ricorso n. 76 del 7 dicembre 2012 per quanto concerne le pensioni e la decisione del ricorso n. 65 del 23 maggio 2012 per quanto concerne i giovani lavoratori.

principale soluzione allo squilibrio dei conti. Il settore da ritenersi maggiormente colpito è la sanità, il cui finanziamento ha subito riduzioni drastiche con i provvedimenti adottati durante il governo Monti, tra diminuzione dei trasferimenti alle Regioni, decurtazione diretta del Fondo Sanitario Nazionale e aumento della compartecipazione a carico del cittadino⁶. Seguono l'istruzione e l'università, colpite da tagli orizzontali dei finanziamenti e blocchi degli stipendi dei docenti⁷.

Alcuni Paesi, che non rientrano tra quelli maggiormente colpiti dagli effetti della crisi, arrivano a temere il fenomeno del c.d. *shopping* delle prestazioni sociali. Se divenisse concreta l'ipotesi di restringere l'accesso ai servizi sociali gratuiti per i cittadini comunitari residenti, cosa di cui si è parlato ad esempio qualche mese fa in Inghilterra, saremmo dinanzi alla compressione della libertà di circolazione delle persone nel territorio dell'Unione. Ci si potrebbe dimenticare che il lavoro e i diritti sociali attengono alla condizione di cittadino (*rectius*: di cittadino europeo, per la prospettiva che qui interessa adottare), sono garantiti al cittadino come lo sono altri diritti individuali.

Le precedenti considerazioni danno una misura concreta di un impatto sulla dimensione sociale della vita degli individui, che pure era prevedibile: se le misure economiche vengono decise senza che esista un calcolo dell'impatto di esse e senza che esistano degli strumenti che lo sappiano governare, è inevitabile che esse abbiano degli effetti negativi anche sull'effettività delle garanzie sociali. Ovviamente, la scelta circa quali settori colpire maggiormente con riduzioni del finanziamento pubblico dipende anche dalle scelte dei governi nazionali, che avrebbero il dovere di osservare delle priorità nelle decisioni di spesa, comprimendo, qualora necessario, quei capitoli di bilancio il cui ridimensionamento non pregiudichi diritti fondamentali della persona: si parla di *distribuzione doverosa* delle risorse (CARLASSARE, 2013). Resta il fatto che non

⁶ V. d.l. 98/2011 (istituzione del c.d. "superticket sanitario"); d.l. 138/2011 (riduzione dei finanziamenti ai Ministeri); d.l. 95/2012 (tagli dei trasferimenti alle Regioni e decurtazione del F.S.N. per cifre progressivamente crescenti fino al 2015). La legge di stabilità 2013 è tornata nuovamente a tagliare direttamente il F.S.N.

⁷ La Commissione europea ha certificato tagli corrispondenti a -10,4% del finanziamento totale per l'istruzione e l'università tra il 2010 e il 2012 (pari a 10 miliardi di euro). Il blocco degli stipendi per il pubblico impiego, originariamente previsto dal d.l. 78/2010 poi convertito in legge, è prorogato a tutto dicembre 2014 (D.P.R. n. 122 del 2013).

vi sono indicazioni in tal senso *da parte dell'Europa* che, sulla carta, vorrebbe garantire ai propri cittadini i diritti sociali come gli altri diritti di libertà (cfr. art. 3 par. 3 TUE e art. 9 TFUE).

Il bilanciamento tra tenuta finanziaria degli Stati e mantenimento delle garanzie sociali non è questione che vede contrapporsi misure europee di *governance* economica e diritti sociali riconosciuti dalle Costituzioni nazionali: come abbiamo visto, il bilanciamento è necessario per assicurare *la coerenza* dello stesso ordinamento dell'Unione, che tutela la stabilità del mercato unico e la condivisione degli indirizzi economici generali così come promuove la tutela dei diritti sociali.

Il compito primario di effettuare un corretto bilanciamento tra valori fondamentali spetta al legislatore e se tale operazione non viene effettuata o non produce un esito ragionevole possono intervenire le Corti.

E' stato ipotizzato che la Corte di Giustizia possa giudicare l'operato delle Istituzioni europee nei casi in cui la loro azione non rispecchi il doveroso bilanciamento tra i valori espressi nei Trattati mediante lo strumento del ricorso in carenza ex art. 265 TFUE (CARAVITA, 2014). Nonostante la discrezionalità che caratterizza le scelte di politica economica dell'UE, i nuclei essenziali dei diritti fondamentali, infatti, non possono essere pregiudicati da decisioni prese nell'ambito di quell'ordinamento che li riconosce e tutela. Anche se probabilmente non sarebbe incline a fare largo uso di decisioni che in concreto travolgerebbero gli effetti già prodotti di misure economiche che determinano l'azione dei governi, la Corte di Giustizia potrebbe, però, optare per "sentenze monito" o, al limite, prendere decisioni ad efficacia differita che diano tempo al legislatore europeo per apportare le dovute modifiche.

Per quanto riguarda il potere delle Corti costituzionali nazionali, se è vero che possono annullare leggi di attuazione di provvedimenti europei per contrasto con i diritti sociali fondamentali, occorre considerare che, per lo meno in Italia e in altri Paesi UE, si tratta di uno scrutinio che avviene *ex post* rispetto all'entrata in vigore delle norme e che muove da controversie giudiziali concrete. La garanzia delle prestazioni essenziali costituenti il nucleo incompressibile dei diritti sociali necessita di meccanismi

ad efficacia preventiva dei pregiudizi, perciò non ci si può affidare esclusivamente ai rimedi giurisdizionali.

Da altro punto di vista, è un peccato che non sia configurabile un richiamo “politico” all’Unione ai sensi dell’art. 7 TUE. Esso prevede una procedura attraverso la quale si può arrivare a sanzionare uno Stato membro qualora in seno al Consiglio ci si convinca che ha commesso violazioni dei principi enunciati nell’art. 2 del medesimo Trattato. Senza arrivare a pensare di comminare sanzioni alle autorità europee, sarebbe forse utile poter evidenziare formalmente, ai sensi dell’art. 7 par. 1, il rischio di pregiudizio (anche indiretto) che esse provocano mediante l’imposizione di vincoli di natura economica che non considerino l’effetto di compressione di quella dignità, libertà e solidarietà di cui all’art. 2⁸. L’idea muove dalla considerazione, tra le altre, che secondo la formulazione letterale dell’art. 2 è *l’Unione* che «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà [...]»; ne consegue che dovrebbe ritenersi essa stessa vincolata al rispetto di quei valori, oltre che, ovviamente, pretenderne il rispetto da parte degli Stati membri.

In virtù di tali considerazioni, e per attribuire un valore concreto alla formulazione letterale dell’art. 9 TFUE (*“Nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale...”*), riteniamo che debbano essere le Istituzioni deputate alla produzione normativa a farsi carico del problema concependo delle soluzioni che, come anticipavamo, possono essere di due tipi.

In una prima ipotesi l’Unione si potrebbe dotare di meccanismi di garanzia che le consentano la valutazione dell’impatto delle decisioni *mentre* si stanno discutendo i provvedimenti, in modo tale che presentino un contenuto che rappresenti il miglior compromesso possibile tra esigenze contrapposte.

⁸ Se un terzo degli Stati membri proponessero una valutazione da parte del Consiglio e i quattro quinti si convincesse dell’esistenza del rischio di violazione, potrebbe risulterne un monito di natura politica, la cui rilevanza pratica sarebbe tutta da scoprire.

Si potrebbe considerare di approvare dei Livelli Essenziali di Assistenza comunitari che rappresentino un *minimum* di garanzie da tutti condiviso per varie categorie di prestazioni sociali, attribuendogli una funzione specifica. E' vero che i sistemi di Welfare sono diversi tra loro, e che un tipo di servizio può essere integralmente a carico del pubblico in un Paese membro e integralmente a carico dell'utenza in un altro, ma crediamo che si possa giungere ad un accordo sulla fissazione di livelli essenziali, cioè *indispensabili*, delle prestazioni. L'individuazione di standard minimi di garanzie sociali avrebbe, da un lato, la funzione di sancire il diritto di tutti i cittadini ad accedere ad un "minimo indispensabile" di prestazioni. Esisterebbe sempre, chiaramente, la possibilità per gli Stati e anche per enti infra-statali (Regioni, *Lander*, Comunità autonome ecc.) di prevedere trattamenti migliori, di riconoscere, cioè, livelli di assistenza ulteriori nel territorio dei singoli Stati membri. L'effetto sarà che se uno Stato membro dovesse abbassare i livelli delle prestazioni sociali al di sotto di quelli minimi concordati, starebbe violando il diritto dell'Unione. Da un altro lato, ed è il profilo che qui maggiormente interessa, i LEA comunitari potrebbero costituire limiti all'approvazione di misure di natura economico-finanziaria che si dimostrino incompatibili con l'investimento pubblico finalizzato all'offerta delle garanzie minime; potrebbero, cioè, rappresentare un meccanismo di garanzia da inserire *nel contesto* decisionale *europeo*. Soprattutto nella fase della stesura di programmi di correzione di uno Stato in particolare difficoltà finanziaria, si dovrebbe procedere alla prova della compatibilità, numeri alla mano, delle indicazioni europee con la possibilità di spendere per erogare almeno le prestazioni previste dai LEA comunitari⁹. L'erogazione delle prestazioni rimarrebbe compito degli Stati (altrimenti si dovrebbe costruire anche un sistema fiscale europeo, si tratterebbe di una questione molto più impegnativa!), mentre l'Unione si assicurerebbe, o per lo meno potrebbe prevedere, la sostenibilità della loro offerta. Non siamo i soli a ritenere che l'individuazione «almeno dei LEP assolutamente indispensabili a cui nessun Paese del

⁹ Potrebbero costituire uno strumento utile anche per la definizione dei vincoli macroeconomici generali, nel senso che - pur non potendo, come nell'altro caso, riferirsi alle condizioni particolari di un Paese e non potendo, quindi, fare calcoli precisi - rappresenterebbero comunque elementi la cui considerazione induce al compromesso rispetto a misure di *austerità* troppo rigorose: questi LEA non sarebbero altro che, in definitiva, esigenze per cui è doveroso spendere.

vecchio continente [e nemmeno l'Unione] può derogare» possa rappresentare un modo attraverso cui l'Europa si converta davvero in un «ordinamento non semplicemente [...] “di mercato”, ma piuttosto [...] “sociale di mercato” (cfr. art. 3, p. 3, del Trattato UE)» (SPADARO, 2011: 15).

In una seconda ipotesi l'Unione potrebbe imporre agli Stati, contestualmente al vincolo del pareggio di bilancio, la creazione di riserve finanziarie per la garanzia dei diritti sociali: in questo modo gli suggerirebbe soluzioni che consentano di adempiere al doveroso compito di mantenere un buon livello di prestazioni sociali, anche a condizioni economico-finanziarie mutate. Ci si potrebbe ispirare alla Costituzione federale brasiliana, che destina una percentuale del gettito fiscale municipale, statale e federale alle prestazioni sociali: la riserva di bilancio dà la certezza che esista una determinata quantità di risorse che finanziano la sanità, l'educazione, la tutela dei lavoratori, la lotta alla povertà, la conservazione dell'ambiente e la sicurezza sociale. In altre parole, qualora vi fosse necessità di ridurre la spesa, ci si dovrebbe orientare su altri capitoli di bilancio, non quelli protetti dalla riserva costituzionale. L'idea sarebbe, dunque, quella di accompagnare l'imposizione del vincolo del pareggio, che prevedibilmente riduce la capacità di spesa del pubblico, all'indicazione di strumenti che, come quello di cui stiamo trattando, salvaguardino gli investimenti per le garanzie sociali dalle operazioni di *spending review*.

Anche senza progetti forse troppo ambiziosi (quali una spesa pubblica centralizzata a livello europeo, che presupporrebbe una fiscalità europea che la sostenga), l'Unione può impegnarsi per la promozione di garanzie sociali effettive sia dotandosi, come dicevamo, di meccanismi di prevenzione degli impatti pregiudizievole della propria azione sui sistemi di Welfare nazionali sia imponendo delle riforme delle legislazioni statali che consentano la convivenza dei nuovi parametri macroeconomici con la sostenibilità di prestazioni sociali adeguate.

Avvenga come avvenga, significherebbe *assumere una responsabilità sociale*, non più limitandosi a permettere agli Stati l'impegno sociale, ma *promuovendolo*.

Fino a questo momento abbiamo riflettuto sul rapporto, che ne condiziona l'azione, intercorrente tra due dei tre soggetti rilevanti, l'Unione e gli Stati. Concludiamo assumendo la prospettiva di chi delle prestazioni sociali dovrebbe beneficiare; il terzo soggetto rilevante, che gioca anch'esso un ruolo, è il cittadino. Accennavamo sopra che i diritti sociali, essendo garantiti direttamente dal diritto primario dell'Unione, «sono questioni di pertinenza dei diritti di cittadinanza e di garanzia dei diritti individuali» (BILANCIA, 2014: 10).

3.- I problemi della rappresentanza democratica e l'iniziativa del cittadino europeo.

Se l'ordinamento, quello europeo oltre che quelli nazionali, prevede che i cittadini esercitino i diritti sociali, la cittadinanza è requisito sufficiente per essere legittimati a pretenderne l'effettività. Nel contesto attuale sarebbe opportuno che il cittadino svolgesse un ruolo attivo.

Può far sentire la sua voce tramite i propri rappresentanti (sia nazionali che europei) e/o può tentare la strada dell'iniziativa legislativa volta alla produzione di norme comunitarie sui temi di interesse sociale.

Ci si consenta una considerazione di carattere generale: se si intende la rappresentanza politica nazionale in Europa come meccanismo per portare in sede sovranazionale gli interessi di una comunità di cittadini, può rilevarsi una compressione della capacità rappresentativa prodottasi a seguito della sostituzione di un vincolo, quello del pareggio di bilancio, ad un obiettivo, quello della stabilità della moneta e della crescita sostenibile (art. 2 TUE). In altre parole, il principio di rappresentanza democratica si realizza quando gli interessi della comunità possono influenzare gli indirizzi politici di maggiore importanza. Quando vi è capacità di scelta autonoma, pur nel rispetto di parametri comuni flessibili, si assume che i rappresentanti decidano in base alle esigenze e agli orientamenti della comunità che li ha eletti; se la capacità di scelta è ridotta al minimo, perché le misure da adottare possono essere solo quelle che consentono di rientrare nei parametri prestabiliti, gli interessi degli individui non riescono più a dirigere l'azione politica, che si irrigidisce (parla addirittura di sistema "robotizzato" GUARINO, 2013).

L'espressione diretta del voto del popolo europeo sono i parlamentari europei; essi non esprimono interessi territoriali perché rappresentano la comunità europea tutta. Ora, il Parlamento, che pure ha avuto il ruolo di colegislatore (v. art. 294 TFUE) nell'approvazione dei provvedimenti del c.d. *Six Pack* e *Two Pack*, nelle procedure da essi istituite non svolge un ruolo centrale: è vero che è stato introdotto il Dialogo Economico, ma sembra essere una procedura che migliora la trasparenza dei lavori favorendo l'assunzione di responsabilità da parte delle altre Istituzioni piuttosto che uno strumento in virtù del quale la posizione parlamentare diventi determinante nei processi decisionali. Durante il Semestre europeo, il Parlamento si limita ad adottare risoluzioni attraverso le quali esprime la sua valutazione sull'andamento annuale della crescita e alla fine dell'autunno si pronuncia sul Semestre in corso.

La scarsa rilevanza della posizione parlamentare, confrontata con l'importante ruolo attribuito alle altre Istituzioni, è ancora più evidente se si analizzano le procedure introdotte dal Fiscal Compact e dal M.E.S. Quando uno Stato viene sottoposto alla procedura per disavanzi eccessivi (art. 126 TFUE), il F.C. impone la stesura di un programma di riforme strutturali (meccanismo di correzione), che dovrà passare il vaglio della Commissione e del Consiglio UE. Essi, inoltre, monitorano la fase attuativa dei programmi stessi. Interessante è anche la c.d. Sorveglianza Multilaterale prevista dal F.C., che vede come protagonisti gli Stati, la Commissione e la Corte di Giustizia, ma non il Parlamento europeo. Quando, invece, uno Stato chiede assistenza finanziaria nel quadro del M.E.S., il compito di esaminare la richiesta di concessione degli aiuti (e tutti i profili della situazione economico-finanziaria del Paese richiedente che la hanno condizionata) spetta alla Commissione e alla BCE, poi deciderà il Consiglio dei Governatori se sbloccare i fondi oppure no; la Commissione si occupa, peraltro, della firma del protocollo d'intesa in nome e per conto del M.E.S. Successivamente, il controllo del rispetto degli accordi condizionanti l'aiuto finanziario è demandato a Commissione, BCE e FMI. Il Parlamento viene, quindi, sempre estromesso. E' singolare che questa situazione si verifichi nuovamente, dopo che tanto si è parlato, prima di Lisbona, del *deficit* di democrazia degli atti normativi europei dovuto alla scarsa incisività dell'apporto parlamentare nei processi decisionali.

Al cittadino rimane la possibilità di richiedere *direttamente* un cambiamento, cioè di promuovere un nuovo impegno sociale dell'Unione attraverso l'iniziativa legislativa, prevista dal Trattato di Lisbona (artt. 11 TUE e 24 TFUE) e disciplinata nel dettaglio dal Reg. n. 211 del 2011.

L'art. 11 TUE stabilisce che «cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». E' necessario, quindi, che la materia su cui verte l'iniziativa popolare sia tra quelle attribuite dai Trattati alla competenza dell'UE. La politica sociale certamente vi rientra: ricordiamo nuovamente che non solo gli artt. 4 e 5 prevedono che vi sia una competenza concorrente in materia e che l'Unione possa adottare misure per il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri, ma anche che la clausola sociale orizzontale di cui all'art. 9 richiederebbe, a nostro avviso, delle norme specifiche che gli diano attuazione e che, quindi, creino dei meccanismi che consentano di modellare l'azione dell'Unione in funzione del rispetto dei diritti sociali.

Ai sensi della normativa di dettaglio, occorre costituire un Comitato organizzatore, composto da almeno sette persone, cittadini europei e residenti in almeno sette Stati membri (art. 3, Reg. n. 211), che si occupi di predisporre una proposta che verrà registrata e sulla cui ammissibilità la Commissione si deve pronunciare entro due mesi (art. 4). Passata questa fase ed espletate le attività preliminari previste dagli artt. 5-8 Reg. n. 211, la proposta deve essere formalmente presentata alla Commissione, che decide entro tre mesi (art.10).

La Commissione può accogliere integralmente le intenzioni popolari e presentare l'iniziativa legislativa per come formulata nella proposta, altrimenti può mostrarsi d'accordo sull'opportunità di interventi normativi, ma in forme diverse da quelle indicate. Può, infine, decidere di non procedere, dovendo motivare in una comunicazione la sua scelta (art. 10 par. 1 lett. c). E' interessante il dibattito circa la possibilità di impugnare l'atto col quale la Commissione di fatto rifiuta la proposta

popolare: secondo una lettura (MASTROIANNI, 2013), la comunicazione è atto suscettibile di essere oggetto di scrutinio da parte della Corte di giustizia (*rectius* del Tribunale), in virtù dell'approccio sostanzialista adottato dal medesimo giudice europeo, e il Comitato può considerarsi legittimato a ricorrere secondo le norme di cui all'art. 263 TFUE (essendo il soggetto a cui la comunicazione viene notificata, può dirsi che l'atto venga adottato - anche - nei suoi confronti). Dietro le discussioni su come interpretare le disposizioni normative, se in un modo o in un altro, si cela la questione del tradizionale monopolio dell'iniziativa nelle mani della Commissione: se ci si orientasse per la legittimità dell'impugnazione, sarebbe la Corte di Giustizia a decidere se effettuare la proposta legislativa o non effettuarla¹⁰.

Va da sé che qualsiasi soluzione che vada nel senso della responsabilizzazione sociale dell'Unione potrebbe passare per l'iniziativa popolare. Richiamando le ipotesi formulate nel par. precedente, potrebbe trattarsi, per quanto riguarda l'idea di creare dei LEA comunitari, di una proposta di regolamento, efficace negli Stati quale fonte che fissa degli *standard* minimi di garanzia con i quali i LEA nazionali debbono risultare compatibili e nei confronti delle Istituzioni dell'Unione quale parametro di legittimità delle decisioni di politica economica; potrebbe, invece, trattarsi di una direttiva per quanto concerne l'indicazione europea agli Stati membri di istituire una riserva di bilancio che garantisca le prestazioni sociali essenziali.

Qualora si istituissero dei meccanismi di garanzia della compatibilità tra misure economiche e erogazione delle prestazioni sociali essenziali, il cittadino correrebbe, in astratto, meno rischi di vedere pregiudicati i propri diritti, nonostante l'estromissione del Parlamento dalle procedure sopra ricordate, problema a cui, comunque, dovrebbe trovarsi una soluzione. E' chiaro che «se in passato la questione del deficit democratico dell'UE veniva attenuata dal fatto che l'UE era spesso portatrice di benefici per i cittadini europei, in questo momento gli inevitabili sacrifici che il rigore finanziario richiede e richiederà devono necessariamente accompagnarsi ad un miglioramento del

¹⁰ I motivi di opposizione all'orientamento della Commissione si limiterebbero alla rilevazione di errori di applicazione del diritto nel contenuto della comunicazione e non potrebbero, ovviamente, esprimere giudizi sull'opportunità politica dell'iniziativa.

tasso di legittimazione democratica nei processi decisionali anche nel governo dell'Eurozona» (BILANCIA, 2012: 16).

Come ci suggerisce il tema del nostro incontro, *l'integrazione* europea è una *sfida*. E' una prova di incredibile complessità perché intreccia profili diversi tra loro, tanto che si suole affermare che l'integrazione è sviluppata in un certo settore e rallentata in altri; la realtà è che integrare significa realizzare una sintesi di elementi, raggiungendo compromessi ragionevoli. Che ci si impegni, dunque, per la tutela dei diritti sociali mentre si sviluppa il nuovo modello economico europeo.

Riferimenti bibliografici

BILANCIA, Francesco (2014). *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*. In *Rivista AIC* n. 2/2014.

BILANCIA, Paola (2012). *La nuova governance dell'eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*. In www.federalismi.it n. 23/2012.

CALVANO, Roberta (2014). *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*. In *Costituzionalismo.it* fascicolo 3/2013.

CARAVITA, Beniamino (2014). *Il federalizing process europeo*. In www.federalismi.it, editoriale del 17/09/14.

CARLASSARE, Lorenza (2013). *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*. In *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2013.

GUARINO, Giuseppe (2013). *Saggio di verità sull'Europa e sull'euro*. Disponibile all'indirizzo www.giuseppeguarino.it/pubblicazioni/.

MASTROIANNI, Roberto (2013). *La libertà di informazione ed il pluralismo dei media nel diritto dell'Unione europea: verso una "iniziativa dei cittadini"?*. In *Diritto e società*, n. 4/2013, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 675-696.

MESSINA, Michele (2013). *La nuova governance economica e finanziaria dell'Unione: aspetti giuridici e possibili scenari per la sua integrazione nell'ordinamento giuridico UE*. In www.federalismi.it n. 23/2013.

MOLA, Lorenza (2013). *Carta sociale europea e riforme strutturali del mercato del lavoro in tempi di crisi economica*. In *Osservatorio diritti economici, sociali e culturali, Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 7 del 2013, n. 1, pp. 206-211.

Sintesi del Rapporto biennale OCSE “*Society at a glance 2014*”, trad. it. a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

SPADARO, Antonio (2011). *I diritti sociali di fronte alla crisi*, Relazione al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti*, Reggio Calabria, 5/11/2011, disponibile in www.rivistaaic.it, n.4/2011.

LE PROSPETTIVE DI TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO EUROUNITARIO IN PREVISIONE DELL'ADESIONE DELL'UE ALLA CEDU.

Francesca Polacchini

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

Sommario:

- 1.- Introduzione.
- 2.- La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema diritto di sciopero e di contrattazione collettiva: l'asimmetria tra principi che presiedono alla costruzione del mercato europeo e autonomia dei sistemi costituzionali nazionali.
- 3.- Una incursione nell'ordinamento costituzionale interno: la decisione del Costituente di fondare sul lavoro la Repubblica democratica.
- 4.- La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia sindacale.
- 5.- Prospettive evolutive: l'adesione dell'UE alla CEDU.
 - 5.1.- Taking norms seriously: le nuove opportunità ermeneutiche offerte dal Trattato di Lisbona.
 - 5.2.- Il recupero di un rapporto virtuoso di complementarità tra mercato e diritti collettivi a tutela del lavoro.
- 6.- Considerazioni conclusive.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

LE PROSPETTIVE DI TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO EUROUNITARIO IN PREVISIONE DELL'ADESIONE DELL'UE ALLA CEDU.

Il saggio indaga le prospettive di tutela dei diritti sociali nel contesto sovranazionale in previsione dell'adesione dell'UE alla CEDU. Sebbene la CEDU si incentri prevalentemente sulla tutela dei diritti civili e politici, la Corte EDU ha sviluppato una significativa giurisprudenza sui diritti sociali. All'interno della categoria dei diritti sociali, l'analisi è circoscritta al diritto alla contrattazione collettiva e al diritto di sciopero, i quali mostrano come si stia delineando in via giurisprudenziale un "doppio livello" di protezione, sovranazionale e convenzionale. La Corte di Giustizia, infatti, a partire dalle sentenze *Viking* e *Laval*, ha operato bilanciamenti tra diritti sociali e libertà economiche che si sono tradotti nell'accoglimento delle ragioni del mercato piuttosto che delle istanze sociali. La prospettiva dell'adesione dell'UE alla CEDU, con la conseguente riconsiderazione in ambito sovranazionale del valore della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo in tema di diritti sociali, potrebbe contribuire ad invertire i termini del rapporto tra Europa economica e Europa sociale. Potrebbe, in altri termini, orientare il bilanciamento condotto dalla Corte di Giustizia tra libertà economiche ed istanze sociali in favore di opzioni ricostruttive più attente alla tutela dei diritti sociali. Ciò, del resto, troverebbe supporto nel complessivo impianto normativo delineato dal Trattato di Lisbona, che ha introdotto significative novità sotto il profilo della valorizzazione degli aspetti sociali del processo di integrazione europea.

Resumen en español

LAS PERSPECTIVAS DE TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO EURO-UNITARIO EN PREVISIÓN DE LA ADHESIÓN DE EUROPA AL CEDH

El trabajo indaga en las perspectivas de tutela de los derechos sociales en el contexto supranacional en previsión de la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Aunque el CEDH se concentra preferentemente en la tutela de los derechos civiles y políticos, el TEDH ha desarrollado una significativa jurisprudencia sobre los derechos sociales. En el marco de la categoría de los derechos sociales, el análisis se circunscribe al derecho a la negociación colectiva y al derecho a la huelga, los cuales ponen de manifiesto cómo se está delineando en vía jurisprudencial un "doble nivel" de protección, supranacional y convencional. El Tribunal de Justicia, de hecho, a partir de la sentencia *Viking e Laval*, ha actuado a través de la ponderación entre derechos sociales y libertades económicas, lo que se ha traducido en la asunción de las razones de mercado más que en las instancias sociales. La perspectiva de la

adhesión de la Unión Europea al CEDH, con la consiguiente reconsideración en el ámbito supranacional del valor del CEDH y de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de derechos sociales, podría contribuir a delimitar los términos de la relación entre la Europa económica y la Europa social. Podría, en otros términos, orientar la ponderación conducida por el Tribunal de Justicia entre libertades económicas e instancias sociales a favor de opciones reconstructivas más atentas a la tutela de los derechos sociales. Esto, por lo demás, encontraría apoyo en el complejo normativo delineado por el Tratado de Lisboa, que ha introducido novedades significativas en la perspectiva de la valoración de los aspectos sociales del proceso de integración europea.

Abstract in English

THE PERSPECTIVES FOR THE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS INTO THE EU LEGAL SYSTEM IN VIEW OF THE EU ACCESSION TO THE ECHR.

The essay examines the perspectives for the protection of social rights in the supranational legal system in view of the EU accession to the ECHR. Although the ECHR focuses primarily on the protection of civil and political rights, the ECtHR has developed a significant jurisprudence on social rights. Within the category of social rights, the analysis will focus on the right to collective bargaining and the right to strike, which show a "double standard" of protection, supranational and conventional. Since the judgments *Viking* and *Laval*, the ECJ has given priority to the economic freedoms rather than the social issue. The perspective of the EU accession to the ECHR and the consequent reassessment - within supranational system - of the value of the ECHR and the Strasbourg jurisprudence in the field of social rights, will possibly help to reverse the terms of the relationship between economic Europe and social Europe. In other words, it will possibly readdress the balance between economic freedoms and social issues developed by the ECJ. In addition, this perspective would find support in the overall legal framework set by the Lisbon Treaty, which introduced significant changes in terms of the enhancement of the social aspects of the European integration process.

1.- Introduzione.

La problematica della garanzia dei diritti sociali si presta a molteplici prospettive di analisi, meritevoli di un'indagine unitaria che in tale sede non è possibile sviluppare in tutte le sue articolazioni per esigenze di economia del lavoro. Tra i diversi profili di esame, si analizzerà quindi quello relativo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE) e della Corte di Strasburgo (CtEDU) in tema di diritti sociali, con particolare riferimento al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. La scelta di concentrare l'analisi su queste due categorie di diritti si giustifica sulla base di diversi ordini di considerazioni. Con riferimento alla giurisprudenza della CGUE, si è osservato che è proprio rispetto a tali diritti che si manifesta in modo più acuto la crisi del modello di *"separazione/non interferenza virtuosa tra costituzione economica europea e costituzione sociale nazionale"*¹ e la conseguente *"rottura del compromesso costituzionale delle origini"*². Le note sentenze *Viking*³ e *Laval*⁴, rese in tema di conflitto tra il diritto di sciopero con finalità contrattuali e la libertà di stabilimento e tra il diritto di sciopero e la libertà di prestazione dei servizi, hanno, infatti, capovolto l'equilibrio costituzionale originario tra unificazione del mercato e preservazione dell'autonomia dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, configurato dal Trattato di Roma con la scelta di mantenere una separazione funzionale tra le due sfere⁵. Tali pronunce hanno impegnato la CGUE a giudicare circa la compatibilità dell'esercizio del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva nell'ambito degli ordinamenti nazionali con il rispetto delle libertà economiche riconosciute dai Trattati. In prospettiva più ampia, la Corte è stata chiamata a svolgere un'opera di contemperamento tra le peculiarità delle diverse tradizioni nazionali relative ai diritti connessi al lavoro con le esigenze di conservazione del mercato comune, ossia di uno spazio che rivendica l'uniformazione delle condizioni di concorrenza delle imprese e il libero e omogeneo esercizio delle libertà economiche. Anticipando quanto si dirà, ad avviso di buona parte della dottrina il risultato del bilanciamento operato dalla Corte si è tradotto nel sacrificio delle

¹ GIUBBONI, 2012: 50.

² ID, 2012: 49.

³ 11 dicembre 2007, C-438/05.

⁴ 18 dicembre 2007, C-341/05.

⁵ CINELLI, GIUBBONI, 2014: 97.

istanze sociali a favore dell'accoglimento delle ragioni delle libertà economiche, con la conseguente interferenza nel trattamento dello sciopero e della contrattazione collettiva come diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti⁶.

Con riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, è meritevole di approfondimento il percorso evolutivo che la CtEDU sembra aver intrapreso nel senso di una compiuta teorizzazione di alcuni diritti sociali. Il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali sembra avvenire in diversi modi: attraverso il sindacato di proporzionalità, il divieto di discriminazioni, la configurazione dei diritti sociali come *new properties* e il riconoscimento della dimensione sociale evocata da alcune disposizioni convenzionali. Nell'economia di questo lavoro si analizzerà quest'ultimo profilo, in particolare l'evoluzione giurisprudenziale che ha ricondotto nell'ambito della garanzia di cui all'art. 11 CEDU sia il diritto alla contrattazione collettiva sia il diritto di sciopero⁷. In proposito, sembra utile stabilire un confronto tra i materiali giurisprudenziali provenienti dalle due Corti ed interrogarsi circa il ruolo di orientamento che la giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto in previsione dell'adesione dell'UE alla CEDU, potrà esercitare sul sindacato della CGUE in sede di bilanciamento tra i menzionati diritti e le libertà economiche.

2.- La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema diritto di sciopero e di contrattazione collettiva: l'asimmetria tra principi che presiedono alla costruzione del mercato europeo e autonomia dei sistemi costituzionali nazionali.

I fatti all'origine delle due cause qui in discussione (*Viking* e *Laval*) sono troppo noti per essere riproposti. In tale sede si ritiene più utile ricostruire le argomentazioni sviluppate dalla CGUE, trascurando l'analitica descrizione dei fatti che stanno alla base dei rinvii pregiudiziali. E' sufficiente ricordare che, mentre nel caso *Viking* i rinvii pregiudiziali interrogavano la Corte sulla sola questione del conflitto tra un'azione collettiva con finalità contrattuali e la libertà di stabilimento di una compagnia di navigazione finlandese, il più complesso caso *Laval* coinvolgeva nel conflitto tra lo sciopero dei lavoratori svedesi e la libertà di prestare servizi di un'impresa lettone

⁶ TRIGGIANI, 2014: 20, SCIARRA, 2013: 103, LUCIANI, 2009: 23.

⁷ sentenza 12 novembre 2008, *Demir e Bakara c. Turchia*; 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*.

anche questioni di interpretazione del diritto svedese (la cosiddetta *Lex Britannia*) nonché della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori.

In entrambe le sentenze la Corte ha operato un bilanciamento tra il diritto all'azione collettiva e la libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, dettando ai giudici nazionali le regole da seguire per valutare la legittimità di un'azione collettiva alla luce del diritto comunitario⁸. Tra queste regole compare il criterio di proporzionalità, che induce la Corte a considerare lo sciopero come *extrema ratio*, cui le organizzazioni sindacali possono ricorrere solo qualora non dispongano di altri strumenti meno restrittivi della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi per condurre a buon esito le negoziazioni con la controparte datoriale. Una restrizione alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi può essere ammessa solo se: a) persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato, b) sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale, c) sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo. A tali indicazioni si accompagna il riconoscimento del diritto di azione collettiva e del diritto di sciopero come "*diritti fondamentali facenti parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte stessa garantisce il rispetto*". Tali principi sono stati estesi al diritto di contrattazione collettiva dalla sentenza *Commissione c. Germania*⁹, anche se, in realtà, già nella sentenza *Viking* la Corte si era misurata con la questione della destinazione funzionale dello sciopero al raggiungimento di particolari obiettivi contrattuali e, dunque, indirettamente, con il problema del conflitto tra il diritto alla contrattazione collettiva e le predette libertà economiche¹⁰. Nonostante l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE includa la contrattazione collettiva e lo sciopero nell'alveo dei diritti fondamentali, la Corte mostra di non considerare i diritti sociali alla stessa stregua dei diritti civili. Tale differenza di trattamento si osserva se si volge lo sguardo al diverso risultato del bilanciamento definito dalla Corte quando il conflitto si poneva tra libertà economiche e libertà di riunione¹¹ e dignità umana¹². Con

⁸ BALLESTRERO, 2008: 372.

⁹ 15 luglio 2010, C-271/08.

¹⁰ MEZZETTI, 2014: 228, CARABELLI, 2011: 219.

¹¹ 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*

riferimento ai diritti sindacali, sembra che la CGUE, più che operare un giudizio di bilanciamento, abbia esercitato un controllo circa la loro compatibilità con le libertà economiche. Ciò ha condotto gran parte della dottrina ad esprimersi in termini di bilanciamento “asimmetrico” o bilanciamento “fittizio” con le contrapposte libertà del mercato. I diritti di sciopero e contrattazione collettiva vengono inseriti in un circuito di bilanciamento con le libertà economiche tale da nuocere alla loro affermazione come diritti dotati di effettività. La Corte precisa infatti che le restrizioni alle libertà del mercato possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa d’interesse generale come la tutela dei lavoratori, purchè venga accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vadano al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo¹³. Avendo la Corte riconosciuto al diritto di sciopero la natura di diritto fondamentale, essa avrebbe dovuto collocare al centro dell’operazione di bilanciamento non le libertà economiche, ma il diritto fondamentale allo sciopero, valutando non entro che limiti le prime possono essere incise restrittivamente dal secondo, ma piuttosto, quanto quest’ultimo possa essere legittimamente condizionato da quelle¹⁴.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di confrontare tali arresti giurisprudenziali con la giurisprudenza di Strasburgo in materia sindacale e con il rinnovato impianto normativo eurounitario al fine di vagliare la prospettiva di una inversione dei termini del rapporto tra libertà economiche e i diritti sindacali.

3.- Una incursione nell’ordinamento costituzionale interno: la decisione del Costituente di fondare sul lavoro la Repubblica democratica.

La tensione tra i principi dell’allora ordinamento comunitario e i principi costituzionali finlandesi e svedesi probabilmente è la stessa che si sarebbe potuta creare tra quegli stessi principi e il patrimonio giuridico sul diritto del lavoro iscritto nella nostra Carta fondamentale. Il diritto di contrattazione collettiva e il diritto di sciopero si rivelano infatti strumenti essenziali per attuare sia l’art. 1 sia l’art. 3,

¹² 14 ottobre 2004, *Omega c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*

¹³ TRIGGIANI, 2014: 20.

¹⁴ CARABELLI, 2011: 221.

comma 2 della Costituzione. Circa il primo profilo, contribuiscono a presidiare il lavoro quale fondamento della Repubblica democratica. Lavoro, il cui lemma e i lemmi derivati ricorrono in ben 23 commi della Costituzione: artt. 1, comma 1, 3, comma 2, 4, comma 1, 35, comma 1, 35, comma 2, 35, comma 3, 35, comma 4, 36, comma 1, 36, comma 2, 36, comma 3, 37, comma 1, 37, comma 2, 37, comma 3, 38, comma 1, 38, comma 2, 39, comma 4, 43, comma 1, 46, comma 1, 51, comma 3, 52, comma 2, 99, comma 1, 117, comma 3, 120, comma 1¹⁵. A ciò si aggiunga che la caratterizzazione della Repubblica come fondata sul lavoro costituisce un *unicum* nel panorama del costituzionalismo moderno e racchiude una formula che sintetizza uno dei contributi più originali che l'Italia ha offerto al costituzionalismo contemporaneo¹⁶.

Con riferimento all'art. 3, comma 2 i diritti sindacali si inscrivono nel progetto di partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, assumendo un valore costituzionale aggiuntivo, in quanto strettamente connessi al programma di trasformazione sociale prefigurato dal Costituente.

Relegare lo sciopero e la negoziazione collettiva ad eventi eccezionali di cui occorre vagliare preventivamente la compatibilità con la libertà di stabilimento di cui all'art. 43 TCE (*Viking*) o con la libertà di prestare servizi di cui all'art. 49 TCE (*Laval*) rischia quindi di stridere anche con il nostro impianto costituzionale.

4.- La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia sindacale.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata in tema di diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, riconoscendoli come diritti tutelati dall'art. 11 CEDU, nelle sentenze *Demir*¹⁷ e *Enerji Yapi-Yol Sen*¹⁸. Entrambe ruotano intorno all'interpretazione dell'art. 11 CEDU, nella parte in cui riconosce il diritto di "*partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi, per la difesa di propri interessi*".

¹⁵ LUCIANI, 2010: 632.

¹⁶ GROPPI, 2012: 665.

¹⁷ sentenza 12 novembre 2008, *Demir e Bakara c. Turchia*.

¹⁸ sentenza 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*.

La motivazione della sentenza *Enerji Japi-Yol Sen* riprende l'iter argomentativo seguito in *Demir*, che si presenta quale *leading case*, realizzando un evidente *revirement* rispetto a precedenti statuizioni che avevano escluso che la contrattazione collettiva potesse rientrare nella sfera di garanzia riconosciuta dall'art. 11 CEDU. Nel caso *Demir*, alcuni dipendenti di municipalità turche erano riusciti, attraverso un loro sindacato, a stipulare un contratto collettivo biennale, che veniva successivamente annullato dalla Corte di Cassazione in ragione dell'assenza di una legge che autorizzasse i pubblici dipendenti a concludere accordi collettivi con la controparte, stante la specialità del rapporto. L'assenza di tale legge veniva poi riproposta dalla Cassazione come argomento per censurare il tentativo del giudice del rinvio di procedere alla diretta applicazione delle convenzioni OIL. Dopo tale decisione i lavoratori erano costretti a restituire le somme percepite in base all'accordo sindacale. La CtEDU riconosceva che la Turchia aveva violato l'art. 11 CEDU e su ricorso della Turchia, la Grande Camera stabiliva definitivamente che vi era stata la menzionata violazione poichè si era interferito con il diritto dei lavoratori, pubblici funzionari, di formare un proprio sindacato e perchè si era annullato l'accordo collettivo intercorso tra l'associazione e il datore di lavoro. In proposito, al fine di individuare i contorni del diritto alla contrattazione collettiva nel sistema CEDU, viene operata un'interpretazione sistematica dell'art. 11, che viene contestualizzato nel sistema generale delle fonti internazionali. In proposito la CtEDU, ribadendo il carattere vivente della Convenzione che deve essere interpretata alla luce dell'attualità delle condizioni di vita e dell'evoluzione del diritto internazionale¹⁹, chiarisce che il testo della Convenzione non va letto olisticamente, ma come un insieme coerente e armonioso con gli altri strumenti internazionali²⁰. Quindi – rispondendo all'eccezione avanzata dalla Turchia– non è necessario che lo Stato abbia ratificato tutti gli strumenti internazionali pertinenti rispetto ad una determinata materia, ma è sufficiente “*that*

¹⁹ Sul riferimento alla CEDU come strumento di carattere vivente ed alla *autorité de la chose interprétée* propria delle sentenze della CtEDU, sia consentito un rinvio a MEZZETTI, POLACCHINI, 2014: 171 ss. e POLACCHINI, 2010: 34.

²⁰ La Corte, per stabilire il significato dei termini della Convenzione, “*can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs and the practise of European State reflecting their common values*”.

the relevant international instruments denote a continuous evolutions in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council o Europe and show, in a precise area, that there is a common ground in modern society". La ricognizione di queste fonti (Carta sociale europea e decisioni del Comitato, convenzioni OIL) consente alla Corte di rilevare che non esistono per i pubblici dipendenti divieti generali di formare sindacati e di concludere accordi collettivi. Alcuni limiti operano solo per le forze di polizia o l'esercito o al più "*certain categories of civil servants who hold exclusive powers of the State*", alle quali non sono assimilabili gli iscritti al sindacato ostacolato dalle autorità turche. Alla ricognizione delle fonti internazionali, la Corte accompagna l'esame delle prassi in vigore negli Stati europei, che mostrano come l'associazionismo e la partecipazione sindacale siano particolarmente sviluppati nel settore pubblico. La ricostruita tendenza evolutiva nel diritto internazionale, le prassi vigenti nella maggior parte degli Stati aderenti e la formulazione dell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE portano la CtEDU a rivedere la propria precedente giurisprudenza che escludeva tali diritti dalla tutela garantita dall'art. 11 CEDU alla libertà di associazione²¹. La Corte, pertanto, conclude nel senso dell'insussistenza di ragioni tali da limitare il diritto *de quo*.

La soluzione data al caso cronologicamente successivo (*Enerji Japi-Yol Sen*), si pone come corollario del percorso argomentativo concluso con la sentenza *Demir*²². Nel caso di specie, si discuteva del divieto, contenuto in una circolare della Presidenza del Consiglio, di aderire allo sciopero indetto dalla federazione sindacale dei lavoratori pubblici. Sciopero organizzato al fine di affermare il diritto alla contrattazione collettiva. La circolare richiamava l'incertezza del quadro legale, che non consentiva di ritenere legittime per i pubblici dipendenti queste iniziative, e la necessità di mantenere l'ordine ed assicurare la continuità dei servizi pubblici. Il Consiglio di Stato confermava la legittimità di tale circolare e delle conseguenti sanzioni disciplinari

²¹ "*having regard to the developments in labour law...and to the practise of Contracting States, the right to bargain collectively with the employers has, in principle, become one of the essential elements of the right to form and to join trade unions for the protection of interests set forth in Article 11 of the Convention*".

²² BRONZINI, 2009: 979.

adottate nei confronti dei dipendenti. La CtEDU, verificato che l'interferenza statale nell'attività libera del sindacato non rientrava in nessuno dei casi previsti dal capoverso dell'art. 11 e acclarato che le limitazioni sfuggivano al rispetto del criterio di proporzionalità e che lo Stato non aveva neppure dedotto un'opera di bilanciamento con altri interessi pubblici, concludeva nel senso della violazione dell'art. 11.

Uno dei profili delle pronunce in esame che solleva maggior interesse è quello relativo all'utilizzo da parte della CtEDU di altre fonti internazionali che, seguendo l'iter argomentativo dei giudici di Strasburgo, consentirebbe di individuare una sorta di *ius cogens* anche in materia sociale, in particolare nel settore sindacale. Il divieto di associazione sindacale violerebbe la dignità dell'individuo lavoratore, impedendogli ogni iniziativa per migliorare la propria condizione sociale²³. L'interpretazione evolutiva della Convenzione alla luce di altri strumenti di tutela internazionali ed europei, quali le Convenzioni OIL e la Carta sociale europea secondo il diritto vivente dei relativi Comitati, rappresenta forse il veicolo capace di introdurre i diritti dei lavoratori e dei sindacati nella "fortezza" dell'UE²⁴. In proposito giova segnalare una recente decisione²⁵ del Comitato europeo dei diritti sociali resa sul reclamo collettivo proposto dalle Confederazioni sindacali svedesi a seguito delle modifiche legislative intervenute nel Paese dopo la sentenza *Laval*. A giudizio del Comitato, la legge svedese, introducendo una limitazione all'azione collettiva e vincolandola al perseguimento del solo livello minimo delle condizioni di lavoro, viola il diritto fondamentale dei lavoratori di esercitare azioni collettive per la tutela dei propri interessi (artt. 6, paragrafi 2 e 4 e 19, paragrafo 4, lettere a) e b) della Carta sociale). Si profila, quindi, un difficile equilibrio tra il rispetto degli obblighi internazionali e l'esecuzione delle sentenze della Corte di Giustizia.

Il percorso evolutivo avviato dalla giurisprudenza di Strasburgo ha trovato conferma in una recente sentenza con la quale la Corte ha ritenuto contraria all'art. 11 CEDU la legislazione francese che pone un divieto assoluto per i militari di formare un

²³ Id, 2009: 981.

²⁴ TRIGGIANI, 2014: 18, GUAZZAROTTI, 2011.

²⁵ 3 luglio 2013, ricorso 85/2012.

sindacato e di aderire ad associazioni di categoria costituite per proteggere i loro interessi professionali e morali²⁶.

5.- Prospettive evolutive: l'adesione dell'UE alla CEDU.

Come noto, il Trattato di Lisbona ha modificato l'art. 6 TUE, che, al paragrafo 2, ora recita: *"L'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati"*. L'art. 6, par. 2 pone, quindi, quella base giuridica all'adesione in assenza della quale l'adesione stessa era stata considerata dalla Corte di giustizia incompatibile con i Trattati vigenti²⁷. Il valore giuridicamente vincolante che la CEDU assumerà in seguito al perfezionamento del processo di adesione²⁸, combinato con il dato, ormai costante, secondo cui le disposizioni convenzionali vivono secondo l'interpretazione che di esse viene data dalla CtEDU²⁹, potrà condurre ad una maggiore attenzione da parte della CGUE alle esigenze di salvaguardia dei diritti sociali riconosciuti a livello convenzionale, precisamente del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. A ciò deve aggiungersi l'osservazione secondo cui l'adesione non avrebbe alcun significato se non comportasse l'accettazione dei poteri giurisdizionali e interpretativi della Corte di Strasburgo³⁰. Questa capacità di orientamento che potrebbe essere esercitata del diritto vivente di Strasburgo troverebbe, inoltre, un solido fondamento anche nella circostanza che le sentenze sopra menzionate in tema di diritti sindacali non costituiscono un'isolata incursione nella materia sociale, ma si inseriscono in un contesto più ampio di valorizzazione della dimensione sociale propria di alcune disposizioni convenzionali.

E' vero che da tempo la CGUE fa uso della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo, come testimoniato dalla dichiarazione n. 2 allegata al TUE: *"la conferenza*

²⁶ Sentenza 2 ottobre 2014, *Adefdromil c. France*.

²⁷ Parere 28 marzo 1996.

²⁸ Il 18 dicembre 2014 la CGUE, pronunciandosi sul progetto di accordo sull'adesione dell'UE alla CEDU presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, ha individuato alcuni profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione (parere 2/2013). Occorrerà quindi che la Commissione riapra i negoziati al fine di adottare un nuovo accordo di adesione in linea con il parere della CGUE.

²⁹ POLACCHINI, 2010: 35.

³⁰ CARTABIA, 2013: 254.

prende atto dell'esistenza di un dialogo regolare fra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo; tale dialogo potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale convenzione", tuttavia dopo l'adesione si istituirà un canale formale di comunicazione tra le due Corti. L'influenza esercitata dalla giurisprudenza di Strasburgo sulla CGUE potrebbe indurre quest'ultima ad operare bilanciamenti ancor più volti ai diritti sociali facenti parte degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Potrebbero essere ripensati i criteri che presiedono al delicato esercizio di bilanciamento tra mantenimento del mercato unico e preservazione dei sistemi nazionali di diritto sindacale.

5.1.- *Taking norms seriously*: le nuove opportunità ermeneutiche offerte dal Trattato di Lisbona.

Le previsioni generali dei Trattati riformati, a partire dal Preambolo, sembrano dischiudere significative prospettive per una nuova concettualizzazione del rapporto tra i principi che presiedono al mantenimento del mercato integrato e la *finalité* sociale dell'Unione.

Già nel Preambolo si rinviene un significativo riferimento ai diritti sociali. Come si legge nel quarto capoverso, le parti contraenti confermano *"il proprio attaccamento ai diritti sociali fondamentali quali definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989"*. Tale capoverso sembra fornire una precisa indicazione quanto agli obiettivi del TUE, soprattutto se letto in combinato disposto con l'art. 151 TFUE³¹, e ciò non può essere privo di rilevanza giuridica. Le enunciazioni contenute nel Preambolo costituiscono principi di interpretazione di cui le istituzioni dell'Unione devono tener conto nello svolgimento delle proprie funzioni³².

³¹ L'art. 151 TFUE stabilisce infatti che *"L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione"*.

³² CURTI GIALDINO, 2011: 479, LUCIANI, 2000: 368.

L'art. 2 TUE conferisce una forte vocazione sociale al tessuto valoriale sul quale si fonda l'Unione, menzionando la solidarietà tra i valori su cui si fonda l'Unione.

L'art. 3, comma 3 introduce l'obiettivo di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, dove l'aggettivo 'sociale', collocato tra economia e mercato, sembra mostrare un tentativo di riequilibrio tra valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, nell'ottica di un'integrazione tra solidarietà e mercato. Allo stesso tempo, il riferimento "all'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza" viene trasferito nel Protocollo 27. Il nuovo art. 3, comma 3 deve, poi, essere coordinato con l'art. 9 TFUE, in virtù del quale, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e delle sue azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse, in particolare, alla promozione di un elevato livello di occupazione, alla garanzia di un'adeguata protezione sociale e alla lotta contro l'esclusione.

Il riequilibrio costituzionale tra libertà economiche e diritti sociali dovrebbe, poi, essere imposto dal consolidamento dell'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali, che ora gode della stessa forza dei Trattati³³.

Con il Trattato di Lisbona e l'acquisita efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dovrebbe, quindi, realizzarsi un riequilibrio tra libertà economiche e diritti sociali, attualmente spostato a favore delle prime, con possibili riflessi sull'interpretazione del diritto derivato.

5.2.- Il recupero di un rapporto virtuoso di complementarità tra mercato e diritti collettivi a tutela del lavoro.

L'idea comune alle sentenze *Viking* e *Laval* ed alla successiva giurisprudenza conforme è che le regole di diritto del lavoro nazionale possano costituire una distorsione della concorrenza nel mercato interno e che, in quanto tali, debbano essere giustificate da un rigoroso test di proporzionalità³⁴.

³³ CARTABIA, 2010: 221, SORRENTINO, 2010: 145.

³⁴ DEAKIN, 2013: 690.

Tuttavia, la costruzione dei rapporti tra edificazione e mantenimento del mercato integrato e diritti del lavoro nazionali in termini di tensione dialettica forse può essere accompagnata da soluzioni ricostruttive alternative, in grado di valorizzare il rapporto di complementarità che può caratterizzare i diritti in questione.

Si fa riferimento alla valorizzazione del ruolo del libero dispiegarsi delle dinamiche economiche anche quale mezzo per garantire il fine del benessere sociale, prospettiva non estranea ai padri fondatori dei Trattati di Roma e che si può cogliere nella fiducia riposta nell'apertura delle frontiere e nelle libertà di circolazione e stabilimento, intesi come fattori tali da permettere, in modo quasi naturale, un'armonizzazione nel progresso delle condizioni sociali³⁵. Nel disegno dei padri fondatori, la costruzione di un forte mercato transnazionale europeo avrebbe aperto e integrato le economie dei Paesi membri senza creare alcuna minaccia ai sistemi di protezione sociale nazionali, che avrebbero anzi potuto contare sui benefici effetti dell'armonizzazione spontanea e progressiva dei sistemi sociali o, quantomeno, sul maggior dividendo fiscale derivante dalla creazione del mercato comune³⁶. Anche nel contesto del TUE il mercato interno si configura come un mezzo: è qualificato come obiettivo *ex art. 3 TUE*, ma come mezzo per realizzare i valori enunciati nell'art. 2 TUE, ossia il *“rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”*.

D'altro canto, i meccanismi di protezione del diritto del lavoro e le forme solidaristiche di contrattazione collettiva si rivelano strumenti efficaci per scongiurare distorsioni della concorrenza generate dal differente grado di sviluppo e di costo dei sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dei diversi Stati membri. L'equità delle condizioni di concorrenza presuppone infatti la piena garanzia – all'interno di ciascuno Stato membro ed in base alle autonome scelte di questo – di elevati livelli di tutela sociale dei lavoratori. Si osserva inoltre che i meccanismi solidaristici propri dei diritti a tutela del lavoro svolgono, all'interno delle economie di mercato, il ruolo

³⁵ LABORDE, 2013: 329.

³⁶ GIUBBONI, 2009: 28.

cruciale di veicolo delle istanze di tutela dello sviluppo umano all'interno dei processi di crescita economica, garantendone la sostenibilità a lungo termine³⁷. I diritti sociali fondamentali sono quindi una componente determinante della efficienza dinamica e della competitività di lungo periodo delle economie di mercato aperte e complesse: *“lungi dall'essere avversi ai rapporti di mercato, dovrebbero essere considerati centrali in un mercato del lavoro europeo che sta diventando sempre più flessibile e individualizzato”*³⁸.

6.- Considerazioni conclusive.

I bilanciamenti operati dalla CGUE in tema di diritti sindacali e libertà economiche sembrano dunque destinati ad essere oggetto di ripensamento sotto la spinta della giurisprudenza evolutiva della Corte di Strasburgo e della connotazione sociale che oggi caratterizza il tessuto valoriale sul quale si fonda l'UE.

Le decisioni con le quali la CtEDU ha ricondotto nella sfera di garanzia di cui all'art. 11 CEDU il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero aprono prospettive di grande interesse per la tutela di tali diritti sociali nello spazio costituzionale europeo. Sebbene non immediatamente utilizzabili nei casi in cui occorra procedere al bilanciamento tra diritti fondamentali fra loro in conflitto, rispettivamente garantiti dal diritto costituzionale nazionale e da quello dell'UE (come in *Viking* e *Laval*), le decisioni di Strasburgo, soprattutto nella prospettiva dell'adesione dell'UE alla CEDU, potranno rappresentare un elemento essenziale nell'orientare il sindacato della CGUE anche nelle ipotesi in discussione. Oltre al fenomeno dell'adesione, l'ulteriore elemento che suggerisce di tenere in alta considerazione le decisioni della CtEDU sul diritto alla contrattazione collettiva e di sciopero risiede nella circostanza che tali decisioni si collocano nel contesto di un più ampio e generale processo di riconoscimento dei diritti sociali. Conquistata negli ultimi anni una centralità indiscussa nell'ambito dei diritti civili e politici, la CtEDU potrà essere chiamata a dimostrare le capacità del sistema della Convenzione di rispondere anche alle istanze di tutela dei diritti sociali. Sebbene il sistema di Strasburgo non sia stato

³⁷ DEAKIN, 2013: 707.

³⁸ DEAKIN, WILKINSON, 2000: 344.

progettato per tale ambito, le sinergie con la crescente prassi del Comitato europeo dei diritti sociali alimentata dai ricorsi collettivi, congiuntamente alle possibilità di integrazione del catalogo della Convenzione con quello della Carta di Nizza, fanno intravedere la possibilità di una CtEDU attiva nella tutela dei diritti sociali³⁹.

Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona offrono significativi argomenti a favore di un mutamento della prospettiva da cui operare il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche. Il nuovo quadro valoriale sul quale deve fondarsi l'azione dell'Unione potrebbe condurre la CGUE ad assumere come punto di partenza assiologico del proprio ragionamento i diritti sociali fondamentali, interrogandosi non più sui limiti che possono essere legittimamente imposti alle libertà economiche da parte dei diritti sociali, ma su come le libertà economiche possano essere interpretate in termini tali da garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

Riferimenti bibliografici.

BALLESTRERO M.V. (2008). "Le sentenze *Viking* e *Laval*: la Corte di giustizia 'bilancia' il diritto di sciopero". *Lavoro e diritto*, p. 371- 392.

BRONZINI, Giuseppe (2009). "Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?". *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4, p. 975-983.

CARABELLI, Umberto (2011). "Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica". *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, p. 217-244.

CARTABIA, Marta (2010). "I diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona: verso nuovi equilibri?". *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, p. 221-225.

³⁹ GUAZZAROTTI, 2013: 46.

- CARTABIA, Marta (2013). "Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione dopo Lisbona". In Amato, Gualtieri, *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*. Firenze: Passigli Editori, p. 249-264.
- CINELLI, Maurizio, GIUBBONI, Stefano (2014). *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Torino: Giappichelli.
- CURTI GIALDINO, Carlo (2011). "Osservazioni sul contenuto e sul valore del preambolo del Trattato sull'Unione europea". *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, p. 457-481.
- DEAKIN, Simon (2013). "Il Trattato di Lisbona, le sentenze *Viking* e *Laval* e la crisi finanziaria: in cerca di nuove basi per «l'economia sociale di mercato» europea". *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4, p. 683-713.
- DEAKIN, Simon, WILKINSON, Frank (2000). "«Capabilities», ordine spontaneo del mercato e diritti sociali". *Il Diritto del mercato del lavoro*, n. 2, p. 317-344.
- GIUBBONI, Stefano (2009). *Diritti sociali e mercato*, Bologna: Il Mulino.
- GIUBBONI, Stefano (2012). *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna: Il Mulino.
- GIUBBONI, Stefano (2014). "I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, p. 268-277.
- GROPPI, Tania (2012). "«Fondata sul lavoro». Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 665-686.
- GUAZZAROTTI, Andrea (2013). "I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, p. 9-46.
- GUAZZAROTTI, Andrea (2011). "La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra Convenzione, Carta Sociale e OIL". *www.diritticomparati.it*, 8 dicembre.
- LABORDE, Jean-Pierre (2013). "Cosa resta del modello sociale europeo?". *Lavoro e diritto*, n. 3, p. 325-337.
- LUCIANI, Massimo (2000). "Diritti sociali e integrazione europea". *Politica del diritto*, n. 3, p. 367-405.

LUCIANI, Massimo (2009). "Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo". *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1, p. 1-25.

LUCIANI, Massimo (2010). "Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro". *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, p. 628-652.

MEZZETTI, Luca (2014). "Constitución e igualdad. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)". *Anuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, p. 143-276.

MEZZETTI, Luca, POLACCHINI, Francesca (2014). "Primacy of Supranational Law and Supremacy of the Constitution in the Italian Legal System". In Mezzetti, *International Constitutional Law*. Torino: Giappichelli, p. 141-187.

POLACCHINI, Francesca (2010). "Cedu e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale. www.giurcost.org, 14 settembre, p. 1-41.

SCIARRA, Silvana, (2013). *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*. Roma-Bari: Laterza.

SORRENTINO, Federico (2010). "I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari). *Corriere giuridico*, n. 2, p. 145-151.

TRIGGIANI, Ennio (2014). "La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea". *Studi sull'integrazione europea*, n. 9, p. 9-33.

LA CARTA SOCIALE EUROPEA PRESA SUL SERIO*

Claudio Panzera

Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Sommario:

- 1.- Carta sociale europea e "indivisibilità" dei diritti fondamentali.
- 2.- Punti di forza di un sistema di controllo apparentemente debole.
- 3.- Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali in tre casi emblematici: una voce fuori dal coro.
- 4.- Conclusioni.

Riferimenti bibliografici.

* Una versione più estesa del presente contributo è già apparsa sulla *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm, 18 (2015)

Abstract in italiano

LA CARTA SOCIALE PRESA SUL SERIO

La Carta sociale europea (CSE), adottata dal Consiglio d'Europa nel 1961 e riveduta nel 1996, è solitamente considerata la “sorella povera” della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), soprattutto in ragione del più debole sistema di controllo in essa previsto. In realtà, spesso si dimentica che solo una visione *integrata* dei due testi convenzionali è in grado di riflettere fedelmente il principio di “indivisibilità” dei diritti fondamentali. In tal senso, la previsione nel Trattato di Lisbona dell'adesione dell'UE alla seconda, ma non anche alla prima, conferma la distanza ancora esistente sulla strada dell'integrazione europea fra libertà economiche e giustizia sociale, ed appare affetta dal medesimo “strabismo” costituzionale. Eppure, l'organo istituito per vigilare sul rispetto da parte degli Stati degli obblighi assunti con la ratifica della CSE (il Comitato europeo dei diritti sociali) è stato fra i più attivi a livello europeo nella tutela dei diritti c.d. sociali, rappresentando ancora oggi l'unica istanza europea *specializzata* in materia.

Il presente contributo, attraverso un'illustrazione dei vantaggi offerti dal doppio sistema di controllo disposto dalla CSE e una comparazione fra le decisioni del Comitato e la giurisprudenza delle Corti europee in tre vicende altamente significative (le misure anticrisi imposte dalla Troika alla Grecia, il noto caso Laval e la protezione degli immigranti irregolari), intende offrire argomenti per una rivitalizzazione di tale strumento convenzionale nella prospettiva di una sempre maggiore “costituzionalizzazione” dell'ordinamento UE.

Resumen en español

LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN SERIO

La Carta Social Europea (CSE), adoptada por el Consejo de Europa en 1961 y revisada en 1996, se considera normalmente “la hermana pobre” del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sobre todo, porque el sistema de control previsto en ella es más débil. En efecto, con frecuencia se olvida que solamente una visión *integrada* por ambos textos convencionales puede reflejar fielmente el principio de “indivisibilidad” de los derechos fundamentales. En este sentido, la previsión en el Tratado de Lisboa de la adhesión de la UE a la segunda, pero no a la primera, confirma la distancia que aún existe en el camino de la integración europea entre libertad económica y justicia social, y parece afectada por el mismo “estrabismo” constitucional. Y sin embargo, el órgano establecido para vigilar el respeto, por parte de los estados, a las obligaciones asumidas con la ratificación de la Carta (el Comité Europeo de Derechos Sociales), ha sido uno de los más activos a

nivel europeo en la tutela de los derechos sociales, representando hasta el día de hoy la única instancia europea *especializada* en materia.

El presente estudio, a través de una ilustración de las ventajas ofrecidas por el doble sistema de control dispuesto por la CSE y una comparación entre la decisión del Comité y la jurisprudencia de las Cortes Europeas en tres casos altamente significativos (las medidas anticrisis impuestas por la Troika a Grecia, el conocido caso Laval y la protección de los emigrantes irregulares), quiere ofrecer argumentos para una revitalización de tal instrumento convencional en la perspectiva de una mayor “constitucionalización” del ordenamiento UE.

Abstract in English

TAKING THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER SERIOUSLY

The European Social Charter (ESC), adopted by the Council of Europe in 1961 and revised in 1996, is usually considered the “poor step-sister” of the European Convention on Human Rights (ECHR), also because of the weaker control system provided therein. It is however unquestionable, though often disregarded, that only an *integrated* understanding of the two treaties may fully comply with the principle of human rights’ “indivisibility”. From this standpoint, EU accession to the ECHR (art. 6(2) TUE), but not even to the ESC, looks like an implicit restatement in the integration process of the existing divide between economic freedoms and social justice, reflecting a sort of “constitutional squint”. Yet, the ESC’s guardian – the European Committee of Social Rights – has been amongst the European bodies the most activist in protecting “social” rights over the past decades, standing nowadays as the only European (quasi-)judicial branch *specialized* in the matter.

Through a description of the concrete advantages arising from the double control system provided for in the ESC and by a comparison between the Committee’s decisions and the European Courts’ rulings on three hard cases (the austerity measures imposed to Greece by Troika, the Laval saga and the protection of unlawful immigrants), the paper aims at positively contributing with reasons and arguments to a relaunch of the Charter system, especially in a EU “constitutionalizing” perspective.

1.- Carta sociale europea e “indivisibilità” dei diritti fondamentali

La Carta sociale europea (CSE), adottata a Torino dagli Stati membri del Consiglio d’Europa nel 1961 e riveduta a Strasburgo nel 1996, è generalmente considerata la “sorella povera” della CEDU, soprattutto per via del suo minore impatto sugli ordinamenti (per ora solo nazionali) che la recepiscono. All’origine di tale situazione vi sono diverse cause: la differente natura dei diritti protetti dalle due Carte (civili e politici in un caso, sociali nell’altro)¹, la diversità dei sistemi di controllo previsti per garantirne l’effettività², perfino una diffusa abitudine *mentale* – in parte anche accademica – a privilegiare sistematicamente la CEDU sulla CSE³.

Non sorprende, dunque, che le due Carte sorelle del Consiglio d’Europa viaggino a distinte velocità. Eppure v’è qualcosa di paradossale in ciò, almeno dal punto di vista della teoria generale dei diritti, poiché solo se vengono concepiti come un *unicum* i due trattati concretizzano il principio della “indivisibilità” dei diritti fondamentali. Ora, la scomposizione in documenti distinti di diritti che sono universali, indivisibili, interdipendenti e interrelati (come recita la Dichiarazione di Vienna del 1993), non costituisce certo una peculiarità esclusivamente europea: qualche anno dopo la CSE, nel 1966, l’ONU seguirà lo stesso criterio nella redazione di due coevi *Patti* sui diritti civili e politici e sui diritti economici, culturali e sociali. Solo nel 2000, con la proclamazione in ambito UE della Carta dei diritti fondamentali (nella quale, come si sa, i diritti sono raggruppati per “afferenze assiologiche” invece che per classi o “generazioni”), si colmerà la distanza dall’impostazione originariamente unitaria propria della Dichiarazione universale dei diritti umani.

Il richiamato “principio di indivisibilità”, poi, costituisce un solido argomento in favore di una lettura *integrata* di CEDU e CSE (qualunque sia l’autorità chiamata ad interpretarle), peraltro necessaria a parare il rischio che l’attuazione di un diritto

¹ Non è poi da sottovalutare il significato *politico-simbolico* che, in un’Europa divisa nei due contrapposti blocchi di influenza occidentale e sovietica, acquisivano le libertà proclamate nella CEDU per i Paesi aderenti: sottolinea bene questo punto, in rapporto alla CSE, BENELHOCINE, 2012: 14).

² Com’è noto, al vertice dell’uno opera la *Corte europea dei diritti dell’uomo*, adita direttamente dai singoli; al vertice dell’altro c’è il *Comitato europeo dei diritti sociali*, che monitora periodicamente i rapporti statali e decide su reclami collettivi.

³ Di “*obsesión convencional*” ha recentemente discusso, ad esempio, JIMENA QUESADA, 2013: 58.

enunciato dall'una leda in modo irreparabile un diritto garantito dall'altra, al di fuori di ogni ragionevole bilanciamento fra gli stessi nel caso concreto⁴. Una tale "permeabilità", d'altronde, è facilitata dalla presenza in entrambi i testi (come pure nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE) di "clausole di maggior favore" per i diritti riconosciuti dalle leggi delle Parti contraenti o da ogni altro accordo al quale esse partecipino⁵, ed appare infine coerente con l'approccio teorico – qui largamente condiviso – che ritiene doveroso, oltre che possibile, perseguire *congiuntamente* il massimo soddisfacimento dei valori cardine del costituzionalismo contemporaneo: la libertà e l'eguaglianza⁶.

Su questo fronte, la Corte di Strasburgo ha mostrato di sapersi aprire ad istanze espresse nella tipica veste dei "diritti sociali", sfruttando le potenzialità di alcune disposizioni chiave della CEDU o dei suoi protocolli⁷ ed affermando chiaramente l'inesistenza di barriere ermeneutiche tra la sfera dei diritti politico-civili e quella dei diritti economico-sociali⁸. Tuttavia, il contesto in cui aperture del genere sono in concreto maturate rimane pur sempre quello di un sistema *primariamente* volto alla

⁴ Nel senso che i diritti autenticamente "fondamentali" debbano essere necessariamente anche *ragionevoli* (ossia bilanciabili), v. SPADARO, 2002.

⁵ Cfr., con tenore molto simile fra loro: l'art. 53 della CEDU, l'art. H della CSE riveduta, l'art. 53 della Carta dei diritti UE.

⁶ Per una tale impostazione, v. spec. SILVESTRI, 2009.

⁷ Il pensiero corre all'art. 3 [divieto di trattamenti inumani e degradanti, con riguardo all'espulsione di un soggetto malato di AIDS in stadio terminale verso il Paese di origine nel quale però non sussistono cure adeguate: *D./Regno Unito*, 2 maggio 1997; ma v. in senso diverso il successivo caso *N./Regno Unito*, 27 maggio 2008], all'art. 8 [rispetto della vita privata e familiare, relativamente al godimento dei congedi parentali e, da ultimo, anche alla percezione dell'assegno familiare: rispettiv. *Konstantin Markin/Russia*, 22 marzo 2012, e *Dahabi/Italia*, 8 aprile 2014], all'art. 11 [diritto di dar vita a sindacati e aderirvi, per quanto concerne il diritto di contrattazione collettiva: *Demyr e Baykara/Turchia*, 12 novembre 2008], all'art. 1 prot. I [tutela della proprietà, con riguardo a diverse prestazioni sociali previdenziali: *Gaygusuz/Austria*, 16 settembre 1996; *Koua Poirrez/Francia*, 30 settembre 2003; *Moskal/Polonia*, 15 settembre 2009; ma nella giurisprudenza di Strasburgo la tutela dei c.d. *property rights* è fondata anche sul divieto di discriminazione previsto dall'art. 14 e sul principio del giusto processo ex art. 6]. Per una ricostruzione delle principali tecniche elaborate dalla Corte europea in materia, v. SUDRE, 2003: 758-768; GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2010: 84-91; GUAZZAROTTI, 2013: 16-49; MALINVERNI, 2014: 97-112; NAPOLETANO, 2014: 395-417.

⁸ "Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention" (*Airey/Irlanda*, 9 ottobre 1979, §26).

giustiziabilità delle classiche libertà “negative”⁹, sicché pare piuttosto irrealistico attendersi un forte attivismo giudiziario europeo nei settori tradizionali del *welfare* nazionale (sanità, istruzione, occupazione, assistenza sociale, edilizia residenziale pubblica, ecc.) o auspicare una trasformazione della Corte europea in un giudice “anche” dei diritti sociali.

Maggiore attenzione alle implicazioni esistenti fra *tutti* i diritti fondamentali è invece prestata dall’organo di garanzia della CSE, il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), la cui “giurisprudenza” – pur meno nota e considerata di quella CEDU – appare non solo un costante appello all’indivisibilità dei diritti, ma anche una sua efficace dimostrazione¹⁰. Tale consapevolezza è fra le ragioni che hanno consentito al CEDS di sviluppare un’interpretazione *aggiornata* e *dinamica* di un testo le cui linee portanti risalgono ad oltre cinquant’anni fa¹¹, pur mantenendo un atteggiamento scevro da ogni presunzione di autosufficienza. Fra le varie strategie argomentative seguite da tale organo¹², tre appaiono più strettamente connesse all’approccio evidenziato:

- a) una lettura sistematica della Carta. Concepita come un tutt’uno (*a whole*), le cui parti si completano e sostengono reciprocamente, la CSE è uno “strumento vivente” (*living instrument*) da interpretare al passo coi tempi, ma sempre in modo da concretizzare al meglio (*to give life and meaning*) i diritti sociali in esso contenuti. Ad esempio, intendendo restrittivamente i limiti per essi previsti e in ogni caso preservandone il “contenuto essenziale” (*the essence*), avendo altresì di mira il raggiungimento delle generali finalità della Carta piuttosto che la riduzione nel maggior grado possibile degli impegni contratti dagli Stati¹³;

⁹ “Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights” (*N/Regno Unito*, cit., §41, con un totale rovesciamento della logica espressa nella sent. *Airey*). Sul punto, v. ancora GUAZZAROTTI, 2013: 25-34.

¹⁰ Cfr. AKANDJI-KOMBÉ, 2005: 90, cui si rinvia per le opportune indicazioni giurisprudenziali. Per un’analisi approfondita e “contestualizzata” dei diritti della Carta, v. per tutti MIKKOLA, 2010.

¹¹ Oltretutto, quello del 1961 è l’unico testo in vigore per gli Stati (circa 1/3 del totale) che ancora non hanno firmato o ratificato la Carta sociale riveduta, fra cui si annoverano Germania, Grecia, Polonia, Spagna, Regno Unito e Svizzera. La lista completa e aggiornata delle adesioni e delle ratifiche è reperibile sul sito www.coe.int/socialcharter.

¹² Per una dettagliata ricostruzione delle tecniche interpretative del CEDS, v. OLIVIERI, 2012: 26-43.

¹³ Cfr. ad es.: *FIDH/Francia*, reclamo n° 14/2003, decisione sul merito dell’8 settembre 2004, §29; *OMCT/Irlanda*, reclamo n° 18/2003, decisione sul merito del 7 dicembre 2004, §60; *MFHR/Grecia*,

- b) l'apertura al diritto internazionale, convenzionale e comunitario. Il richiamo delle norme di matrice europea (CEDU e UE), di quelle originate dal diritto internazionale pattizio e persino dello *jus cogens*, che siano rilevanti per l'esame del caso, costituisce una vera e propria costante soprattutto nelle decisioni sui reclami collettivi. Questa "estroversione" del CEDS, lungi dal rimanere confinata al piano delle fonti, si combina spesso con il diretto utilizzo delle giurisprudenze – o comunque delle determinazioni – degli organi di controllo, ove presenti e qualunque sia la loro natura (corti giudicanti, come nel caso della CEDU o dell'UE, o comitati di esperti indipendenti, come per i due Patti ONU del 1966), al fine di rintracciare standard e prassi interpretative comuni nel panorama del diritto europeo o del diritto internazionale dei diritti umani nel cui alveo la Carta è inserita¹⁴;
- c) un chiaro approccio value-oriented. Le disposizioni della CSE sottendono valori cardine della cultura giuridica europea e della civiltà occidentale (libertà/autonomia, eguaglianza, solidarietà, ecc.) e sono dirette alla preservazione della dignità umana. Ne deriva, fra l'altro, l'estensione della protezione assicurata dalla Carta anche a coloro che ne sono formalmente esclusi, qualora sia in gioco il godimento di un diritto "elementare" (*basic*), strettamente connesso al valore della dignità¹⁵.

In tal modo, proprio nel settore dove risulta più difficile trovare o elaborare standard di trattamento veramente comuni ai vari Paesi della "grande Europa" (quello dei diritti sociali), il Comitato si distingue per essere l'organo di garanzia dei diritti europei maggiormente impegnato nel dare un'interpretazione *dialogica* – più che *ideologica* – alla propria Carta.

reclamo n° 30/2005, decisione sul merito del 6 dicembre 2006, §194; *MDAC/Bulgaria*, reclamo n° 41/2007, decisione sull'ammissibilità del 26 giugno 2007, §9.

¹⁴ Fra le più recenti: *DCI/Olanda*, reclamo n° 47/2008, decisione sul merito del 20 ottobre 2009, §§34-36 e 42; *DCI/Belgio*, reclamo n° 69/2011, decisione sul merito del 23 ottobre 2012, §§28-29 e 33.

¹⁵ V. *amplius* il par. successivo.

2.- Punti di forza di un sistema di controllo apparentemente debole

Questi risultati sono ancora più apprezzabili se si considera che il Comitato, pur comportandosi *come se* fosse un giudice, formalmente non dispone di poteri analoghi a quelli riconosciuti alle giurisdizioni europee (Corte europea e Corte di giustizia). Piuttosto, la supervisione della Carta si svolge secondo modalità tipiche di altri organi internazionali simili composti da esperti indipendenti (come, ad es., il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite), ossia mediante un *monitoraggio* su rapporti periodicamente sottoposti dai singoli Paesi sullo stato di attuazione degli articoli della CSE accettati e, se richiesto, anche di quelli non accettati¹⁶. A seguito di una conclusione di “non conformità”, se lo Stato interessato non ha preso gli opportuni provvedimenti per eliminare la situazione di contrasto, può attivarsi il Comitato dei ministri, mediante una raccomandazione¹⁷.

A questo primo binario se ne è aggiunto nel 1995 un secondo (operativo dal 1998), consistente nella facoltà riconosciuta a specifiche ONG internazionali e nazionali dotate di uno statuto consultivo presso il Consiglio d'Europa e iscritte in un apposito registro tenuto dal Comitato governativo di presentare direttamente al CEDS un *reclamo collettivo* per denunciare la violazione in un caso specifico – ma sempre relativo ad un gruppo di persone – di una o più disposizioni della Carta¹⁸. Una volta dichiarato ricevibile, il reclamo è esaminato anche mediante un contraddittorio scritto

¹⁶ Cfr. il protocollo modificativo del 1991. Gli esiti del monitoraggio – le *conclusioni* – sono pubblicati annualmente in volumi ordinati con numeri romani, per la Carta sociale del 1961, e in base all'anno, per la Carta sociale rivisitata del 1996 (tutti reperibili sul sito www.coe.int/socialcharter). In base a quanto deciso dal Comitato dei ministri lo scorso 2 aprile [CM(2014)26], la procedura è stata ulteriormente semplificata per gli Stati membri che hanno aderito alla seconda forma di controllo (i reclami collettivi), prevedendosi ora la presentazione ogni due anni di un rapporto limitato all'illustrazione delle sole misure prese dalle autorità nazionali a seguito di una decisione di “condanna” dello Stato interessato resa in precedenza su uno o più reclami collettivi.

¹⁷ Le deliberazioni del Comitato dei ministri sono preparate da un Comitato governativo, composto da un rappresentante per ogni Stato, che ha il compito di “filtrare” le situazioni critiche individuate dal CEDS, selezionando quelle per le quali si ritiene opportuna l'adozione di una raccomandazione. Per l'opportuna eliminazione di un tale filtro (politico), nell'ambito di una più generale riforma del sistema di controllo, v. BOISSARD, 2010: 1110.

¹⁸ Cfr. il protocollo addizionale del 1995. Qualcosa di analogo è ora previsto anche per il Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, grazie all'entrata in vigore, il 5 maggio 2013, di un protocollo opzionale adottato nel 2008 che prevede la facoltà per i gruppi di persone o *anche per i singoli individui* di indirizzare al Comitato denunce di violazione dei diritti garantiti dal Patto da parte di uno Stato aderente.

tra le parti interessate, che può eventualmente sfociare in un incontro pubblico. La decisione nel merito viene comunicata alle parti e al Comitato dei ministri tramite un rapporto, sulla base del quale quest'ultimo può adottare una raccomandazione o una risoluzione¹⁹.

Le differenze con il sistema di protezione della CEDU – è impossibile negarlo – sono *ictu oculi* abissali: la procedura descritta non ha carattere strettamente giurisdizionale; le conseguenze di una violazione non vanno oltre la raccomandazione o la risoluzione indirizzate allo Stato inadempiente; il reclamo non può essere sollevato dal singolo, ma solamente da associazioni determinate, di tipo prevalentemente sindacale²⁰.

Tuttavia, è pacifico che l'introduzione della procedura dei reclami collettivi abbia rappresentato per la CSE l'inizio di una "seconda vita" ed impresso un forte slancio all'attività del Comitato, il quale, sotto la pressione dei casi concreti, ha arricchito di contenuti sostanziali gli orientamenti già espressi in sede di esame dei rapporti nazionali, affinando i metodi interpretativi con cui dare risalto al testo del trattato²¹. Da questo punto di vista, è come se nuova benzina fosse stata pompata nel motore della Carta.

Tale forma di sindacato "concreto", soprattutto, si combina perfettamente con il controllo "astratto" sui rapporti nazionali: le due procedure si rafforzano reciprocamente costituendo, l'una per l'altra, un'occasione di verifica del superamento da parte dello Stato sotto esame della situazione di difformità dagli obiettivi della Carta

¹⁹ Dal 1998 ad oggi (aprile 2015) sono stati presentati centoquindici reclami, con lo spiacevole primato della Francia (trentadue), seguita da Grecia (diciassette), Portogallo (undici), Italia (dieci), Belgio, Finlandia e Irlanda (otto), Bulgaria (sei), Olanda e Svezia (tre), Croazia, Norvegia, Repubblica Ceca e Slovenia (due), Cipro (uno).

Non sempre, tuttavia, le determinazioni del Comitato dei ministri si sono mostrate coerenti con le decisioni del Ceds, contrastando, talvolta, perfino con le sue interpretazioni della Carta. Pertanto, non desta meraviglia che il secondo abbia voluto espressamente ribadire la sua competenza esclusiva ad accertare (*rule*) i casi di contrasto con le disposizioni della Cse, senza che il primo possa legittimamente rovesciarne (*reverse*) le decisioni: *DCI/Olanda*, cit., §21. Giustamente critico su tali ambiguità, AKANDJI-KOMBÉ, 2010b: 155.

²⁰ Per altri versi, va anche notato come il carattere *collettivo* del ricorso obblighi gli Stati a misurarsi con la richiesta di riforme generali invece che con la soddisfazione di istanze meramente individuali (v. pure BELL, 2010: 48).

²¹ Sul punto, fra i molti, v. DE SCHUTTER, 2010a e O'CONNOR, 2010.

precedentemente attestata nei suoi confronti. L'integrazione fra i due strumenti è talmente evidente che si arriva talvolta al punto di richiamare principi o affermazioni contenuti in decisioni su reclami collettivi nell'esame dei rapporti nazionali concernenti Stati che non hanno ancora accettato quella procedura, con un'estensione *de facto* del raggio di influenza di quest'ultima²²!

Interdipendenza e sussidiarietà sono dunque il vero punto di forza del sistema di "doppio controllo" previsto: a guadagnarne è l'effettività dei diritti sociali in gioco, cui gioverebbe non poco il contributo dei giudici nazionali, qualora essi mostrassero un'attenzione ai contenuti della Carta e, soprattutto, alle determinazioni del CEDS ben maggiore di quanto sinora avvenuto²³.

3.- Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali in tre casi emblematici: una voce fuori dal coro

Sebbene il seguito procedurale delle decisioni del CEDS (necessario passaggio dal Comitato dei ministri) potrebbe indurre a dubitare di una loro piena efficacia giuridica per gli Stati, in realtà il rispetto delle stesse non è da considerarsi meno obbligatorio di quanto non sia l'osservanza delle pronunce della Corte di Strasburgo: sul piano internazionale, infatti, tra CEDU e CSE non v'è alcuna differenza in termini di vincolatività. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, dall'accennata equiparazione dovrebbe ad esempio discendere che anche le disposizioni della CSE – *per come interpretate dal CEDS* – assumono il carattere di "fonte interposta" rispetto alla legislazione interna in virtù dell'art. 117, c. 1, della Costituzione²⁴, proprio come accade per la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo²⁵.

Né sarebbe corretto inferire dall'eterogeneità dei rispettivi sistemi di controllo che l'influenza del CEDS sugli ordinamenti nazionali sia *nei fatti* del tutto trascurabile.

²² Sulla stretta interdipendenza fra i due meccanismi di controllo, con vari esempi, v. JIMENA QUESADA, 2014: 151-155.

²³ Per una rassegna dei (modesti) casi di applicazione diretta della Carta e delle decisioni del CEDS in Italia si rinvia a GUIGLIA, 2013a: 85-94; per la Spagna, v. invece la successiva nt. 26.

²⁴ "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" (c.vo aggiunto).

²⁵ ...soprattutto dopo le famose "sentenze gemelle" n° 348-349/2007 della Corte costituzionale italiana. Per maggiori approfondimenti su tale prospettiva, ed ult. bibl., sia consentito rinviare a PANZERA, 2013: 57.

Al contrario, in diverse occasioni i suoi interventi hanno prodotto significative modifiche sul piano legislativo, amministrativo e giudiziario, in tempi anche piuttosto brevi²⁶. Di recente, poi, il *reasoning* di una decisione resa nei confronti di un Paese (la Grecia) è stato direttamente applicato a preferenza della legislazione vigente da alcuni giudici di un altro Stato (la Spagna) in relazione a controversie interne di identico tenore, nonostante quest'ultimo non avesse ancora ratificato la procedura dei reclami collettivi²⁷!

Tre recenti esempi possono illustrare al meglio l'importanza materiale della "giurisprudenza" CEDS, soprattutto se rapportata all'atteggiamento tenuto dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo in medesimi o simili casi.

La prima vicenda a venire in rilievo è quella delle *austerity measures* imposte dalla Troika alla Grecia, nella logica dei "prestiti condizionati". Mentre le analoghe contestazioni promosse tanto presso la Corte europea quanto presso la Corte di giustizia sono andate a vuoto (la prima, ritenendo il ricorso manifestamente infondato poiché il sacrificio imposto ai ricorrenti non era da considerarsi "eccessivo" e le scelte politiche del Governo ellenico rimanevano assorbite nel margine di apprezzamento statale; la seconda, rilevando un difetto di legittimazione dei ricorrenti)²⁸, il Comitato

²⁶ Cfr., rispettivamente, le decisioni sul merito dei reclami n° 48/2008 (*ERRC/Bulgaria*, 18 febbraio 2009), 45/2007 (*INTERIGHTS/Croazia*, 30 marzo 2009) e 14/2003 (*FIDH/Francia*, 8 settembre 2004). Ulteriori esempi in JIMENA QUESADA, 2014: 148-149.

²⁷ Cfr., in relazione alla decisione di merito del CEDS sul reclamo n° 65/2011 (*GENOP-DEI e ADEDY/Grecia*) del 23 maggio 2012: Juzgado de lo Social n° 2 de Barcelona, sent. 19 novembre 2013, n° 412; Juzgado de lo Social n° 1 de Terragona, sent. 2 aprile 2014, n° 179; Juzgado de lo Social n° 2 de Mataró, sent. 29 aprile 2014, n° 144. Va tuttavia precisato che, in Spagna, l'utilizzo diretto della CSE e delle decisioni del CEDS non è ancora riuscito a filtrare nelle pronunce delle giurisdizioni superiori, nonostante esistano taluni *votos particulares* incoraggianti in merito. Per un approfondimento sulla giurisprudenza citata, cfr. SALCEDO BELTRÁN, 2014a e FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2014.

²⁸ Cfr., rispettivamente: per la Corte europea dei diritti, la sent. 7 maggio 2013, *Koukafy e ADEDY/Grecia* (cui *adde* la sent. 8 ottobre 2013, *Conceição Mateus e Santos Januário/Portogallo*); per la Corte di giustizia, le ordinanze 27 novembre 2012, T-541/10 e T-215/11, *ADEDY*. Quest'ultima ha poi rifiutato di esaminare nel merito un'analoga richiesta oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del *Tribunal do Trabalho do Porto*, con la motivazione che l'atto contestato (la legge finanziaria portoghese per il 2011 che disponeva una temporanea riduzione delle pensioni di anzianità per i dipendenti del settore pubblico) non rientrava nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, che le disposizioni della Carta di Nizza invocate non potevano venire in rilievo (ord. 7 marzo 2013, C-128/2012, *Sindicato dos Bancários do Norte*); sulla vicenda è poi intervenuto, positivamente, il Tribunale costituzionale portoghese (cfr. per i dettagli ORRÙ, 2014), con due decisioni – nn. 353/2012 e 187/2013 – che sembrano essere andate molto vicine ad un'implicita denuncia di violazione dei controlimiti, come acutamente

ha invece riconosciuto la violazione del diritto alla sicurezza sociale garantito dall'art. 12§3 della CSE per riduzione eccessiva dell'ammontare delle pensioni spettanti. Fra le ragioni addotte, spiccano il mancato svolgimento da parte delle autorità greche di analisi *ex ante* circa l'impatto che il cumulo delle misure contestate avrebbe realisticamente avuto sulla posizione dei soggetti interessati (particolarmente vulnerabili), l'assenza di coinvolgimento nella decisione delle associazioni rappresentative degli stessi e la mancata ricerca di soluzioni meno afflittive ma ugualmente idonee²⁹.

Il secondo caso riguarda la definizione, in modo diametralmente opposto alla Corte di giustizia, della notissima vicenda *Laval*, alla luce del ben diverso equilibrio fra libertà economiche e diritti sociali che le disposizioni della CSE relative al diritto di negoziazione collettiva (art. 6§2 e 6§4) e alla protezione equivalente dei lavoratori migranti (art. 19§4) hanno consentito al CEDS di fissare³⁰. La distanza tra i due approcci non potrebbe essere maggiore: non a caso, il Comitato approfitta dell'occasione per ribadire che – al contrario di quanto affermato dalla Corte di Strasburgo riguardo alla CEDU (sent. *Bosphorus*) – non esiste alcuna “presunzione di conformità” alla CSE in favore del diritto dell'Unione e che, pertanto, lo Stato interessato non può ritenersi assolto dal rispetto della Carta neppure quando agisce in stretta esecuzione di una sentenza della Corte di giustizia³¹. È questa una delle ipotesi in cui, qualora fosse applicata senza riserve anche alla CSE, la clausola di “maggior favore” contenuta nell'art. 53 della Carta dei diritti UE potrebbe mettere in seria difficoltà la Corte di Lussemburgo nel proseguire sulla strada tracciata dal c.d. “*Laval quartet*”.

Infine, un terzo interessante confronto riguarda la protezione della salute di soggetti particolarmente vulnerabili come gli immigrati irregolari. Com'è noto, la Corte

rilevato da SALAZAR, 2013: 26. Per una più articolata analisi delle giurisprudenze europee, v. invece MOLA, 2015.

²⁹ V. le decisioni nel merito del 7 dicembre 2012 sui cinque reclami presentati dai sindacati dei pensionati greci (n° 76-80/2012: per un commento, v. GUIGLIA, 2013b), la cui eco è chiaramente percepibile nella risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2014 su *Occupazione e aspetti sociali del ruolo e delle attività della Troika* (2014/2007(INI)), spec. §§26 e 40.

³⁰ Cfr. *LO-TCO/Svezia*, reclamo n° 85/2012, decisione sull'ammissibilità e sul merito del 3 luglio 2013, in rapporto a Corte giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*. Per un confronto in parallelo delle due decisioni, v. BASSINI, FERRARI, 2014 e SALCEDO BELTRÁN, 2014b.

³¹ *LO-TCO/Svezia*, §§72-74.

europea ha rifiutato di includere fra i trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 3 della CEDU l'espulsione di un cittadino straniero che usufruisca di assistenza sanitaria nel Paese ospitante ma sia attualmente privo di un valido titolo di soggiorno, a meno che questi, per le gravi condizioni in cui versa e per l'*effettiva* assenza di cure disponibili nel Paese di origine, con l'espulsione rischi seriamente la vita³². Ora, sebbene l'ambito di applicazione della CSE risulti ben più limitato rispetto a quello della CEDU³³, il CEDS, facendo prevalere lo "spirito" sulla "lettera" della Carta, ha realizzato di fatto un'*estensione soggettiva* delle sue garanzie, includendovi anche gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale, quando il rifiuto di prestazioni sanitarie o di altro genere (come la garanzia di un riparo, o la tutela contro gli sfratti forzosi) ne metta *astrattamente* a rischio la vita e/o la dignità³⁴.

4.- Conclusioni

La casistica esaminata suffraga la tesi che il CEDS, quale unico organo di controllo europeo *specializzato* nella tutela dei diritti sociali fondamentali, possa offrire un rilevante contributo alla causa di tali diritti, e per ciò stesso dovrebbe essere messo in grado di darlo. Ciò vale non soltanto per il Consiglio d'Europa (la CEDU, come s'è visto, può assicurare una tutela solo sporadica e asistemica a tale tipo di diritti), ma pure per l'Unione Europea, la quale – nonostante la Carta di Nizza e le affermazioni di principio dei trattati istitutivi – deve ancora dimostrare di essere in grado, dopo aver

³² V. fra tutte, anche per una ricostruzione dei precedenti, la sent. *N./Regno Unito*, cit., §§29-51.

³³ Mentre l'art. 1 della Cedu stabilisce che "Le Alte Parti contraenti riconoscono a *ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione* i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione", il §1 dell'Annesso alla CSE dispone invece che "Con riserva delle norme dell'articolo 12, paragrafo 4, e dell'articolo 13, paragrafo 4, le persone di cui agli articoli da 1 a 17 e da 20 a 31 comprendono gli stranieri *solo nella misura in cui si tratta di cittadini di altre Parti che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul territorio della Parte interessata*, con l'intesa che gli articoli in questione saranno interpretati alla luce delle norme degli articoli 18 e 19. La presente interpretazione non preclude ad una qualsiasi delle Parti di elargire diritti analoghi ad altre persone" (c.vi aggiunti).

³⁴ Oltre ai citati casi *FIDH/Francia* del 2004, *DCI/Olanda* del 2009 e *DCI/Belgio* del 2012, v. pure le decisioni sui reclami n° 27/2004 (*ERRC/Italia*, 7 dicembre 2005), 58/2009 (*COHRE/Italia*, 25 giugno 2010), 63/2010 (*COHRE/Francia*, 28 giugno 2011), 86/2012 (*FEANTSA/Olanda*, 2 luglio 2014), e 90/2013 (*CEC/Olanda*, 1 luglio 2014). Per una specifica trattazione sul tema, v. AKANDJI-KOMBÉ, 2010; PALMISANO, 2013; PANZERA, 2014.

raggiunto l'integrazione economica e di mercato, di colmare anche il deficit esistente sul piano dell'integrazione sociale³⁵.

Difatti, essendo i diritti sociali parte essenziale del costituzionalismo contemporaneo, *qualunque prospettiva di integrazione costituzionale dell'UE deve necessariamente includere anche questa dimensione*. Naturale, allora, guardare alla CSE come all'"anello mancante" di un tale percorso e, del pari, inevitabile giudicare come assolutamente insufficiente lo spazio che ad essa dedicano i trattati fondamentali o la giurisprudenza comunitaria³⁶: l'unico espresso riferimento alla CSE è quello operato dall'art. 151 del TFUE, piuttosto blando se comparato al tenore dell'art. 6 del TUE³⁷, mentre la distinzione fra "diritti" (immediatamente azionabili) e "principi" (giustiziabili solo una volta attuati dall'Unione o dagli Stati) posta nell'art. 52§5 della Carta di Nizza – che pure ha avuto l'indiscutibile merito di aver elevato lo *status* dei diritti sociali ivi riconosciuti a diritti "fondamentali" per l'intera Unione – rischia di sterilizzare *in nuce* l'applicazione giudiziaria delle disposizioni direttamente ispirate alla CSE, soprattutto se la Corte di giustizia continuerà a mantenere un approccio restrittivo in materia³⁸.

Per molti versi, l'ipotetica adesione dell'UE alla Carta sociale non solleverebbe sul piano tecnico-giuridico problemi maggiori di quelli in concreto posti dalla decisione di aderire alla CEDU (finalmente maturata con il Trattato di Lisbona: art. 6§2 del TUE) e

³⁵ La necessità di un'evoluzione nel senso indicato è fortemente acuita dalla devastante crisi economico-finanziaria ancora in atto: sul punto specifico, v. fra gli altri l'analisi critica e le proposte avanzate da SPADARO, 2011.

³⁶ Per l'evoluzione storica dei richiami alla Carta sociale nel diritto e nella giurisprudenza UE, v. per tutti JIMENA QUESADA, 2009: 393-400 e DE SCHUTTER, 2010b: 97-136.

³⁷ Come si sa, il primo stabilisce che i diritti della Carta sociale siano "tenuti presenti" dall'UE e dagli Stati membri, mentre per il secondo l'UE "riconosce i diritti, le libertà e i principi" della Carta di Nizza, "aderisce" alla CEDU e considera i diritti risultanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni come "principi generali" del proprio ordinamento.

³⁸ Per un recente esempio, v. Corte giust., sent. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, nella quale si è affermato che l'art. 27 della Carta di Nizza, concernente il diritto dei lavoratori ad essere informati e consultati (cfr. pure l'art. 29 della CSE riveduta), "per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale" (§45), ed in ogni caso "non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale" (§51). Ciò, tuttavia, non equivale a negare la possibilità che le disposizioni sociali della Carta di Nizza producano un effetto *espansivo* del diritto derivato vigente, come avvenuto nel noto caso *Kamberaj* (sent. 24 aprile 2012, C-571/10). Per un'interessante riflessione sulla problematica *Drittwirkung* delle disposizioni sociali della Carta di Nizza, ed ult. bibl., v. GUAZZAROTTI, 2014.

certo non esulerebbe dalle competenze esterne dell'Unione in base all'art. 216 del TFUE³⁹. Le resistenze al compimento di questo passo, dunque, sono essenzialmente politiche e derivano, in parte, dal controllo che il CEDS inizierebbe a svolgere – quanto meno nella forma del monitoraggio sui rapporti periodici – sull'effettiva implementazione dei diritti della CSE da parte dell'UE (con esiti, nei casi più gravi, che le vicende sopra descritte lasciano facilmente immaginare) e, in altra parte, dal fatto che una tale adesione metterebbe in seria difficoltà gli Stati membri dell'UE che non hanno ancora ratificato la Carta riveduta né accettato la procedura dei reclami collettivi, alla cui influenza non potrebbero comunque sottrarsi per i casi che ricadessero nell'ambito di applicazione del diritto comunitario.

Appare tuttavia evidente che, quanto più la CSE resterà ai margini del processo di integrazione europea, tanto più la sua sola esistenza continuerà a rappresentare una sfida per una piena costituzionalizzazione di quell'ordinamento.

Riferimenti bibliografici

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-Françoise (2005), "The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights". En De Búrca, De Witte, *Social Rights in Europe*. New York: Oxford University Press, p. 89-108.

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-Françoise (2010a), "L'applicabilité *ratione personae* de la Charte sociale européenne: entre ombres et lumières". En De Schutter, *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe*. Bruxelles: Bruylant, p. 79-93.

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-Françoise (2010b), "Charte social européenne et Convention européenne des droit de l'homme: quelles perspectives pour le 10 prochaines années?". En De Schutter, *The European Social Charter*, cit., p. 147-165.

BASSINI, Marco, FERRARI, Fabio (2014), "Reconciling Social Rights and Economic Freedom in Europe. A Constitutional Analysis of the Laval Saga (Collective Complaint

³⁹ Cfr. il ben noto e approfondito studio di DE SCHUTTER, 2004, cui *adde* i più recenti contributi di KHALIQ, 2013: 194-196 e LUTHER, 2014.

no. 85/2012)”. En D’Amico, Guiglia, *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century/La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*. Napoli: Esi, p. 193-218.

BELL, Mark (2010), “Combating Discrimination through Collective Complaints under the European Social Charter”. En De Schutter, *The European Social Charter*, cit., p. 39-48.

BENELHOCINE, Carole (2012), *The European Social Charter*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

BOISSARD, Béatrice (2010), “La contribution du Comité européen de droits sociaux à l’effectivité des droits sociaux”. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, n° 4, p. 1083-1111.

DE SCHUTTER, Olivier (2004), “L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne”. *EUI Working Paper LAW*, n° 11, p. 1-42 (ora disponibile in versione aggiornata all’8 luglio 2014 sul sito www.coe.int/socialcharter).

DE SCHUTTER, Olivier (2010a), “The Two Lives of the European Social Charter”. En De Schutter, *The European Social Charter*, cit., p. 11-37.

DE SCHUTTER, Olivier (2010b), “Le rôle de la Charte social européenne dans le développement du droit de l’Union européenne”. En De Schutter, *The European Social Charter*, cit., p. 95-146.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Sonia (2014), “La Carta sociale europea quale strumento di tutela dei diritti sociali in ambito nazionale”. *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n° 4.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2010), “El sistema de protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa”. En Facury Scaff, Romboli, Revenga Sánchez, *A Eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier latin, p. 71-92.

GUZZAROTTI, Andrea (2013), “I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 1, p. 9-46.

GUAZZAROTTI, Andrea (2014), "Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella 'costituzionalizzazione' dell'Unione europea". *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° I, p. 55-75.

GUIGLIA, Giovanni (2013a), "La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale". En D'Amico, Guiglia, Liberali, *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli: Esi, p. 61-97.

GUIGLIA, Giovanni (2013b), "Il diritto alla sicurezza sociale in tempo di crisi: la Grecia di fronte al Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS)". *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° IV, p. 1400-1416.

JIMENA QUESADA, Luis (2009), "La Carta social europea y la Unión europea". *Revista europea de derechos fundamentales*, n° 13, p. 389-407.

JIMENA QUESADA, Luis (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor: Aranzadi.

JIMENA QUESADA, Luis (2014), "Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees". En D'Amico, Guiglia, *European Social Charter*, cit.: 143-158.

KHALIQ, Urfan (2013), "The European Union and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?". *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n° 15, p. 169-196.

LUTHER, Jörg (2014), "Is there any 'Perspective' for an European Union Accession to the European Social Charter?". Contributo inedito per la Conferenza di alto livello sulla Carta sociale europea (Torino, 17-18 ottobre 2014).

MALINVERNI, Giorgio (2014), "The Court of European Human Rights, the Protection of Social Rights, its Relationship with the European Committee of Social Rights". En D'Amico, Guiglia, *European Social Charter*, cit.: 97-112.

MIKKOLA, Matti (2010), *Social Human Rights of Europe*. Porvoo: Karelactio-Legisactio Ltd.

MOLA, Lorenza (2015), "The Margin of Appreciation Accorded to States in Times of Economic Crisis. An Analysis of the Decisions by the European Committee of Social Rights and by the European Court of Human Rights on National Austerity Measures". *Lex social. Revista jurídica de los derechos sociales*, n° 1, p. 174-194.

NAPOLETANO, Nicola (2014), "Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria". *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 2, p. 389-428.

O'CONNOR, Colm (2010), "Social Rights and the European Social Charter – New Challenges and Fresh Opportunities". En De Schutter, *The European Social Charter*, cit., p. 167-183.

OLIVIERI, Federico (2012), "La Carta sociale europea come 'strumento vivente'. Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali". *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n° 2, p. 1-52.

ORRÙ, Romano (2014), "Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese". *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° II, p. 1015-1035.

PALMISANO, Giuseppe (2013), "Sui limiti di applicazione della Carta sociale europea in termini di persone protette", in D'Amico, Guiglia, Liberali, *La Carta sociale europea*, cit., p. 39-60.

PANZERA, Claudio (2013), "Per i cinquant'anni della Carta sociale europea". *Lex social. Revista jurídica de los derechos sociales*, n° 1, p. 41-58.

PANZERA, Claudio (2014), "The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Equality". *Revista europea de derechos fundamentales*, n° 24.

SALAZAR, Carmela (2013), "Crisi economica e diritti fondamentali". *Rivista Aic*, n° 4, p. 1-39.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen (2014a), "Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: la

aplicación del control de convencionalidad en España”. *Lex social. Revista jurídica de los derechos sociales*, nº 2, p. 29-56.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen (2014b), “El Consejo de Europa frente a la Unión Europea. Vulneración de la Carta Social Europea por ‘Lex Laval’”. *Estudios Fundación 1 de Mayo*, nº 77, p. 1-40.

SILVESTRI, Gaetano (2009), *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*. Roma-Bari: Laterza.

SPADARO, Antonino (2002), “I *diritti* della ragionevolezza e la *ragionevolezza* dei *diritti*”. *Ars Interpretandi*, nº 7, p. 325-345.

SPADARO, Antonino (2011), “I *diritti sociali* di fronte alla crisi (necessità di un nuovo ‘modello sociale europeo’: più sobrio, solidale e sostenibile)”. *Rivista Aic*, nº 4, p. 1-23.

SUDRE, Frédéric (2003), “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme: un exercice de ‘jurisprudence fiction’?”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, nº 55, p. 755-779.

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI SOCIALI ATTRAVERSO IL PRISMA DELLA CRISI. RIFLESSIONI SUL CASO PORTOGHESE E SPUNTI DI COMPARAZIONE CON QUELLO ITALIANO

Caterina Drigo

Ricercatrice di diritto costituzionale

Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Professoressa aggregata di diritti fondamentali

Ravenna Campus.

Sommario:

1. L'impatto multilivello della crisi;
 - 1.1. Premesse;
 - 1.2 Portogallo e Italia: simmetrie e dissonanze nella gestione della crisi;
 2. Gli equilibrismi del TC portoghese. La difficile tutela del nucleo fondamentale dei diritti sociali quando in campo vi sono risorse non più disponibili;
 - 2.1 Quadro d'insieme;
 - 2.2 Le prime risposte del giudice costituzionale;
 - 2.3 La svolta del 2013;
 - 2.4 Fil rouge delle decisioni;
 - 2.4.1 Principio di eguaglianza e principio di tutela dell'affidamento quali limiti imposti al legislatore;
 - 2.4.2 Rispetto dei principi fondamentali e tutela della dignità umana;
 3. Riflessioni conclusive
- Riferimenti bibliografici

Abstract in italiano

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI SOCIALI ATTRAVERSO IL PRISMA DELLA CRISI. RIFLESSIONI SUL CASO PORTOGHESE E SPUNTI DI COMPARAZIONE CON QUELLO ITALIANO

In una situazione di crisi economica che può essere ormai definita “sistemica” e non meramente “ciclica”, la protezione dei diritti sociali, più che la tutela di altri diritti, sembra essere in crisi.

Si osserva una situazione politica ed economica in cui molti stati europei, al fine ottenere sostegno finanziario dall’Europa devono rispettare rigidi parametri imposti, che sacrificano o limitano il livello di protezione di molti diritti sociali secondo dinamiche che non sempre paiono conformi alle previsioni costituzionali nazionali. La situazione impone di considerare sia la natura dei diritti sociali (eventualmente ripensando le categorie dogmatiche tradizionali), sia la natura del bilanciamento fra la tutela dei diritti sociali e le esigenze di contenimento della spesa pubblica e i vincoli finanziari. Entrambe sono problematiche dal tono costituzionale evidente, ma possono dirsi omogenee e sempre bilanciabili? La questione è certamente complessa: in dottrina coesistono differenti posizioni e in giurisprudenza si accoglie una sorta di “graduazione” nella protezione dei diritti sociali, consentendo restrizioni in ragione delle necessità economico-finanziarie contingenti. In questo contesto, pertanto, appare determinate analizzare il ruolo esercitato dai giudici costituzionali, nel bilanciare le necessità economico finanziarie con la protezione del “nucleo essenziale” dei diritti sociali. Si concentrerà l’attenzione sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale Portoghese degli ultimi anni. Giurisprudenza che, in ragione della specificità delle misure imposte dalla Troika e delle tecniche decisionali adottate, pare un caso emblematico. Non mancheranno, comunque riferimenti di comparazione con la “giurisprudenza della crisi” della Corte costituzionale italiana. Le posizioni assunte dal Tribunale costituzionale portoghese sono degne di nota non solo per le implicazioni ordinamentali, e non solo perché portano a riflettere sulla nota problematica del rispetto del rapporto fra tutela dei diritti e rispetto delle esigenze di finanza pubblica, nonché sul rapporto fra ordinamenti interni e Unione Europea, ma anche perché mostrano l’interesse e la sensibilità dei giudici costituzionali verso la c.d. “esistenza libera e dignitosa”. La sfida di questo *paper* sarà anche approfondire questo aspetto, cercando di evidenziare se il rispetto del principio di dignità umana possa essere considerato un criterio interpretativo utile (se non necessario) per definire i c.d. “*hard cases*”, in cui il rispetto di esigenze economico-finanziarie si appalesi in contrasto con la necessità di proteggere il nucleo essenziale dei diritti sociali previsti in Costituzione.

Resumen en español

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A TRAVÉS DEL PRISMA DE LA CRISIS. EL CASO DE PORTUGAL.

En una situación de crisis económica que puede llegar a definirse como “sistémica” y no meramente “cíclica”, la protección de los derechos sociales, más que la tutela de otros derechos, parece estar en crisis. Se observa una situación política y económica en la que muchos estados europeos, con el fin de obtener apoyo financiero de Europa deben respetar rígidos parámetros impuestos, que sacrifican o limitan el nivel de protección de muchos derechos sociales a partir de dinámicas que no siempre parecen conformes a las previsiones constitucionales. La situación impone considerar sea la naturaleza de los derechos sociales (eventualmente repensando las categorías dogmáticas tradicionales), sea la naturaleza de la ponderación entre tutela de los derechos sociales y las exigencias de continencia del gasto público y de los vínculos financieros. Ambas son problemáticas de relevancia constitucional evidente, ¿pero pueden entenderse homogéneas y siempre ponderables? La cuestión es ciertamente compleja: en doctrina coexisten diferentes posiciones y la jurisprudencia mantiene una suerte de “graduación” en la protección de los derechos sociales, permitiendo restricciones por razón de necesidades económico-financieras contingentes. En este contexto, por tanto, parece determinante analizar el rol ejercitado por los jueces constitucionales en la ponderación de las necesidades económico financieras con la protección del “contenido esencial” de los derechos sociales. Se concentrará la atención sobre la jurisprudencia del Tribunal constitucional portugués de los últimos años. Jurisprudencia que, por razón de la especificidad de las medidas impuestas por la Troika y de las técnicas decisionales adoptadas, suponen un caso emblemático. No faltarán referencias comparadas con la “jurisprudencia de la crisis” de la *Corte Costituzionale* italiana. Las posiciones asumidas por el Tribunal constitucional portugués son dignas de ser conocidas no sólo por las implicaciones ordinamentales, y no sólo porque invitan a reflexionar sobre la conocida problemática del respeto de la relación entre tutela de derechos y respeto de las exigencias de finanzas públicas, así como por la relación entre ordenamientos internos y Unión Europea, sino también porque manifiestan el interés y la sensibilidad de los jueces constitucionales hacia la conocida “existencia libera y digna”. El desafío de este trabajo será también profundizar en este aspecto, intentando poner en evidencia si el respeto del principio de dignidad humana puede ser considerado un criterio interpretativo útil (si no necesario) para definir los “*hard cases*”, en los que el respeto de exigencias económico-financieras se presente en contraste con la necesidad de proteger el núcleo esencial de los derechos sociales previstos en la Constitución.

Abstract in English

PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS THROUGH THE PRISM OF CRISIS. REFLECTIONS ON THE CASE OF PORTUGAL AND ELEMENTS OF COMPARISON WITH THE ITALIAN ONE.

In a situation of economic crisis that can be defined “systemic” and not merely “cyclical”, social rights’ protection, more than other rights’ protection, seems to be in danger. We have to face a political and economical situation in which European States, according to European financial recovery measures, have taken measures that sacrifice or restrict the level of protection of social rights in a way that may not be in line with national constitutional provision. This situation imposes to the questioning both of the nature itself of social rights – even rethinking the traditional dogmatic categories - and of the nature of the balancing between social rights protection and the containment of public spending and economic constraint. Both are constitutional issues, but are they perfectly homogeneous and comparable, or not? The question is very thorny: among the scholars are coexisting different views and the constitutional jurisprudence appears to endorse a sort of “gradualness” in protection of social rights, allowing restriction because of economic and financial needs. In this framework it appears to be crucial to analyze the role played by judges, who are required to balance economic and financial needs with the protection of the “essential constitutional content” of a social right.

I will focus on the recent case law of the Portuguese Constitutional Tribunal. Case law that, because of the specificity of the austerity measures imposed by the Troika and of the interpretive techniques adopted, appears to be an emblematic case.

There will be also some comparative references to the “case law of the crisis” of the Italian Constitutional Court. The statements of the Portuguese Constitutional Tribunal are key not only for the national implications, and not only because they lead us to reflect on the issue of the respect of the relationship between rights’ protection and the respect for the needs of public finance, as well as on the relationship between national legal systems and the European Union, but also because they show clearly the interest and the sensitiveness of constitutional judges for the right to live with dignity. The challenge of the paper is also to delve into the issues aforementioned, trying to investigate if the respect of the principle of human dignity can be considered an interpretive criteria useful (and even necessary) to adjudicate “hard-cases”, in which economic and financial needs appear to be in contrast with the necessity to protect the essential core of social rights provided by the Constitution.

1.- L'impatto multilivello della crisi

1.1.- Premesse

In un contesto globale in cui la gestione dei processi economici si dissocia dalla politica, in cui le imprese “si muovono in uno spazio abitato solo dall'economia e non anche dalla politica”¹ e i giuristi denunciano “l'arretramento della sovranità degli stati”² come già paventato da Fichte³, si è invertito il rapporto fra Stato e mercato, condizionando il secondo la politica finanziaria degli stati.

In Europa ciò si palesa con particolare evidenza: è forse l'esempio più lampante di come siamo di fronte ad un processo in cui “la sovranità statale si diluisce”, “i poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche” e in cui “questo pluralismo ha bisogno di un ordine” e si deve cercare di “riempire i vuoti tra i diversi sistemi, [...] indurli a cooperare; stabilire gerarchie di valori e principi”⁴, gettare le basi per un ordinamento “in rete” in cui i rapporti fra Stati Membri e istituzioni europee non si articolino secondo un criterio gerarchico⁵, ma attraverso un “metodo discorsivo”⁶ che consenta di ricercare una difficile sintesi fra interessi multiformi⁷. La crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Europa già dal 2009-2010 fa emergere in modo particolarmente significativo tali problematiche⁸. Problematiche che non hanno unicamente una natura teorica, né attengono solo ai rapporti inter-ordinamentali, ma presentano risvolti concreti, poiché evidenti sono le ricadute sui profili di tutela di alcuni diritti fondamentali, sia a livello nazionale, sia a livello europeo. Palesi,

¹FERRARESE, 2002: 167. Su questi temi anche GALGANO, 2009: 177 e LUCIANI, 2011: 65 ss.

²CASSESE, 2002: 45.

³GALGANO, 2009: 180; ma anche GALGANO, 2005.

⁴CASSESE, 2009:3.

⁵RUGGERI, 2011: 17 suggerisce una interessante teoria proponendo il passaggio da una gerarchia secondo forma ad un nuovo concetto di gerarchia secondo valore.

⁶In tal senso, HABERMAS, 1996: 143. Sull'opportunità di creare un ordinamento “in rete” che consenta “un'evoluzione rapida del diritto vivente europeo al passo di una società globale in mutamento sempre più vertiginoso”: COSIO, 2013: 58.

⁷È stato acutamente osservato che “nelle istituzioni dell'Europa manca del tutto il conflitto sociale, cioè il cuore stesso del costituzionalismo del '900”: BIN, 2014:5. Sul punto si veda spec.: DANI, 2013.

⁸In tale contesto diviene importante impostare gli strumenti che consentano la comprensione del rapporto tra crisi economico-sociale e crisi politico-istituzionale, tra stabilizzazione dell'economia e stabilizzazione degli assetti istituzionali come profilo tematico del rapporto tra diritto, economia, e politica e, in definitiva del più generale rapporto tra democrazia e mercato. Sul punto si veda LUCIANI, 2011:62-80, nonché ID. 2012. Ma, più in generale, sui rapporti fra potere e diritto e fra poteri e (tutela dei) diritti si veda anche ID., 2006; GRASSO, 2012.

comunque, sono gli effetti sociali della crisi, determinatisi spesso dalle soluzioni che, a livello internazionale prima e nazionale poi, sono state adottate sul piano istituzionale e giuridico per affrontarne le conseguenze e, ove possibile, risolverne le cause, tentando di garantire la stabilità economico-finanziaria dell'Eurozona⁹. Dalle misure adottate a livello europeo è disceso, per quegli Stati il cui debito pubblico e l'economia non rispettavano i rigidi parametri fissati a livello sovranazionale, l'obbligo di approvare normative dal carattere particolarmente restrittivo (Grecia *in primis*, seguita da Irlanda, Portogallo, Italia e Spagna poi). È comprensibile, inoltre, che l'adozione di misure sostanzialmente "imposte dall'altro" abbia esposto i governi dei paesi in cui esse hanno inciso maggiormente a forti critiche e reazioni dell'opinione pubblica, specialmente allorché si è reso necessario intervenire nel senso di diminuire il livello delle garanzie di alcuni diritti. E, sul campo della crisi, sono rimasti prevalentemente (ma non solo) i diritti sociali, che ora più che mai mostrano la propria natura di diritti condizionati al limite delle risorse disponibili e la propria intrinseca debolezza¹⁰.

Le difficoltà della politica nazionale ed europea a far fronte alle sfide poste dalla crisi economica¹¹, unitamente ad una diminuzione dei livelli di tutela di alcuni diritti hanno avuto quale conseguenza un significativo aumento del contenzioso costituzionale derivante dalla supposta violazione di diritti costituzionali per effetto della peculiare congiuntura economico-finanziaria.

Il coinvolgimento e l'attivismo dei giudici costituzionali ha, poi, spinto la dottrina ad interrogarsi sul (nuovo) ruolo che le corti costituzionali sono chiamate a svolgere, nel delicato tentativo di "gestire" gli effetti pratici della crisi, garantendo al contempo protezione effettiva per i diritti sociali, senza trascurarne la dimensione multilivello e gli obblighi di derivazione sovranazionale¹².

⁹ Infatti, con una sinergia fra misure internazionali, europee e, conseguentemente, nazionali, vincoli di bilancio più o meno stringenti sono stati imposti ai paesi appartenenti all'Eurozona. Per una ricostruzione generale COSTANZO, MEZZETTI, RUGGERI, 2014; ma anche CONTIADES, 2013.

¹⁰ Si è rilevato come la crisi economico finanziaria rischi di "perdere di senso al diritto costituzionale". La Costituzione, cioè, rischierebbe di "esprimere una normatività ineffettiva": MORRONE, 2014:4, cfr. spec. dottrina richiamata ivi alla nota n. 7. Sul punto cfr. anche RUGGERI, 2012.

¹¹ Cfr. *ex multis*: CIOLLI, 2012; CONTIADES, 2013; DONATI, 2013:337 ss.

¹² Cfr. *ex multis* ORRÙ, 2014: 1019 ss.; DE ALMEIDA RIBEIRO, PEREIRA COUTINHO (eds.), 2014; AAVV, 2013; CONTIADES, 2013; CASSESE, 2009a, Id, 2009b.

1.2 Portogallo e Italia: simmetrie e dissonanze nella gestione della crisi

Le varie politiche adottate a livello europeo hanno avuto ricadute più o meno forti a seconda della “salute” dell’ordinamento di riferimento. A tal proposito, i casi di Portogallo e Italia paiono emblematici, sebbene gli strumenti approntati per il “governo” della crisi e le scelte legislative per affrontarla presentino alcuni rilevanti profili di differenziazione. Entrambi i Paesi hanno dovuto adottare misure particolarmente restrittive (e dal contenuto talora quasi obbligatorio), seppur secondo modalità gradazione e tempistiche differenti¹³. In entrambi i Paesi la politica ha cercato di adeguarsi alle imposizioni europee adottando misure di risanamento dell’economia che hanno inciso sul margine di tutela di alcuni diritti sociali (specialmente diritti connessi al lavoro e alla salute). In entrambi Paesi, il giudice costituzionale ha esercitato un ruolo attivo nel “governo” degli effetti pratici della crisi e delle soluzioni adottate per superarla.

Attraverso questa lente prismatica si vuole analizzare in particolare ruolo che il giudice costituzionale portoghese, e, per alcuni versi, anche quello italiano, hanno avuto nella gestione della crisi, trovandosi spesso fra la Scilla e Cariddi del rispetto della discrezionalità del legislatore (unito all’opportunità di evitare di esercitare un ruolo palesemente politico) e la necessità di tutelare principi costituzionali fondamentali e il sistema dei diritti sociali. Si considereranno alcune decisioni significative intervenute a partire dal 2010 inerenti l’adozione di misure di *austerità* che hanno avuto un impatto negativo sui margini di tutela di alcuni diritti sociali, verificando come, e in quale misura, il *reasoning* dei giudici sia stato condizionato dall’emergenza economico-finanziaria.

¹³ Per l’Italia, si ricorda la lettera della BCE che ha informalmente raggiunto il governo italiano il 5 agosto 2011 e che ha dato l’avvio all’approvazione di una serie di misure di *austerità* - di contenimento della spesa pubblica, incremento delle entrate, riforma del sistema pensionistico e del mercato del lavoro – cui va aggiunta anche la riforma costituzionale dell’art. 81 Cost. (per approfondimenti, *ex multis*, si veda OLIVITO, 2014 e bibliografia ivi indicata). Per il Portogallo cfr. *infra* nota n. 14.

2.- Gli equilibrismi del TC portoghese. La difficile tutela del nucleo fondamentale dei diritti sociali quando in campo vi sono risorse non più disponibili.

2.1.- Quadro d'insieme

Come anticipato, negli ultimi quattro anni il dibattito sulla stabilizzazione della politica di bilancio dell'Unione europea ha trovato linfa vitale in alcune decisioni chiave del Tribunale Costituzionale del Portogallo (TC), riguardanti la legittimità delle misure adottate in risposta alla crisi che ha colpito l'Eurozona. Il Portogallo si è trovato a dover negoziare con la Commissione europea, la BCE e il FMI un "*Programa de Ajustamento Economico e Financiero*" (cd. PAEF)¹⁴, per ottenere aiuti finanziari. In conseguenza di tali accordi il governo portoghese ha approvato una serie di misure di bilancio nazionali, aventi lo scopo di ridurre il deficit dello Stato e dare sostegno all'economia del Paese, che sono stati oggetto di scrutinio da parte del TC. A partire dal 2010, le misure adottate con le leggi finanziarie, pur essendo misure tecnicamente nazionali, in realtà, dal punto di vista del contenuto, rappresentavano l'adesione a specifiche richieste dell'EU e delle istituzioni internazionali, riflettendo la strategia politica (incorporata nel principio di condizionalità dei meccanismi di assistenza finanziaria) di regolare le prospettive economiche del paese in applicazione del piano d'azione concordato nel protocollo d'intesa. Nelle sue decisioni, tuttavia, il TC ha espresso il suo crescente malcontento per gli effetti che queste misure nazionali hanno determinato sul sistema di tutela dei diritti sociali e, più in generale, su alcuni principi fondamentali (come quello di eguaglianza) sanciti nella Costituzione portoghese¹⁵. Nella giurisprudenza del TC, quindi, si nota una certa evoluzione ed un diverso modo di considerare le esigenze di emergenza finanziaria. Evoluzione che va in parallelo con

¹⁴ VAGLI, 2011: 1. Il programma al momento risulta terminato ma il Paese è ancora sotto stretto controllo della Troika. I limiti per il deficit di bilancio nel 2012, 2013 e 2014 erano stati inizialmente fissati al 4,5%, 3,0 % e 2,3%, ma poi sono stati oggetto di rinegoziazione al 5%, 4,5% e 2,5%. Sul punto si veda anche Portugal, Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality, 17 may 2011, in http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf; nonché CISOTTA, GALLO, 2013 : 465 ss.

¹⁵ Per un commento in lingua italiana della giurisprudenza del TC fino al 2012 si veda CICCARELLI, GARGIULI, 2012: 75- 90. Più di recente ORRÙ, 2014: 1019 ss.

l'inasprimento delle misure di *austerity* adottate e il progressivo temperarsi del loro carattere temporaneo¹⁶.

2.2.- Le prime risposte del giudice costituzionale

Inizialmente, sia con l'*Acórdão n. 399/2010*¹⁷, sia con il successivo *Acórdão n. 396/2011*¹⁸ (entrambi giudizi astratti e successivi), il TC non ha rilevato profili di incostituzionalità delle norme di *austerity* sottoposte al suo scrutinio. Nel primo caso la decisione trovava fondamento anche in ragione del carattere "urgente e preminente" delle misure legislative adottate sotto la pressione di fattori esogeni i quali sono venuti ad assumere rilevanza autonoma in sede di esegesi del testo costituzionale, risultando le stesse «giustificate da motivi di interesse pubblico costituzionalmente tutelato», avendo, cioè, quale finalità, «il perseguimento di un legittimo ed urgente interesse ad incrementare il gettito fiscale e raggiungere l'equilibrio dei conti pubblici» (par. 12.2). Nel secondo caso il TC, chiamato a pronunciarsi sulla *Lei de Orçamento do Estado* (LOE) per il 2011 (*Lei n. 55/A/2010*) - approvata sulla scia della perdurante crisi economico e finanziaria e, per questo motivo, contenente misure di contenimento della spesa pubblica particolarmente incisive sui diritti retributivi dei pubblici dipendenti – ha dato rilevanza alla «circostanze eccezionali, sulle quale si pretende di intervenire, con urgenza e nel lasso di tempo più breve possibile, per ritornare verso condizioni di normalità». Il TC, cioè, ha approfondito il concetto di "*emergencia financeira*" - poi ulteriormente declinato nelle decisioni successive - rilevando come le misure siano state adottate in presenza di «condizioni eccezionali ed estremamente avverse al mantenimento e alla sostenibilità dello Stato Sociale», in cui si è reso necessario «garantire l'assunzione delle responsabilità e degli impegni assunti dallo Stato portoghese, sia internamente, continuando a fornire un servizio pubblico di qualità, sia a livello internazionale, nell'ambito dell'Unione europea e nel quadro del Patto di stabilità e crescita» (par. 5). La sussistenza di siffatte condizioni di emergenza

¹⁶ Si ricorda che anche la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha tenuto significativamente conto di tale ultimo profilo.

¹⁷Le decisioni del TC sono reperibili in www.tribunalconstitucional.pt/. La *decisione citata è stata piuttosto criticata per basarsi su ragioni politiche più che evidenti. Per un commento* ORRÚ 2011: 4871; ID, 2014: 1019 ss., ma anche MENEZES LEITÃO, 2011.

¹⁸Per un commento si veda ORRÚ, 2013:7178 ss; ID, 2014:1019 ss., CICCARELLI, GARGIULI, 2012: 75- 90.

economico finanziaria, come “imposte” in virtù di accordi di natura sovranazionale, assurge, anche in questo caso, a canone alla cui stregua interpretare le disposizioni costituzionali. In ragione di ciò, pur riconoscendo la fundamentalità del «diritto alla retribuzione» (art. 59 CRP), il TC ha escluso che esso implichi anche il riconoscimento di una «garanzia di irriducibilità dei salari» (par. 7). Il TC ha altresì escluso la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale avanzati sia in relazione alla supposta violazione del «principio di affidamento (*princípio da protecção da confiança*) insito nel principio dello Stato di Diritto, derivante dall’art. 2 della Costituzione» (par. 8), sia del principio di eguaglianza (par. 9).

Nel 2012, tuttavia, si inizia a cogliere un primo mutamento di atteggiamento del giudice costituzionale portoghese il quale, sempre nell’ambito di un giudizio astratto e successivo, è stato chiamato a sindacare la legittimità costituzionale della LOE per il 2012 (*Lei* n. 64/B/2011) con cui si sono previste misure di *austerità* ulteriori rispetto a quelle già adottate nel 2011. Il TC, con la decisione 353/2012, ha avuto modo di fornire “ulteriori spunti di riflessione sulla cedevolezza dell’ordine costituzionale portoghese di fronte all’emergenza economico-finanziaria¹⁹. Con una declaratoria di incostituzionalità dagli effetti differiti²⁰ i Giudici di Lisbona hanno ravvisato una violazione del principio di eguaglianza nella previsione di misure di *austerità* che non colpiscono la generalità dei lavoratori in modo proporzionale²¹ e su questo punto la dottrina lusitana ha accolto criticamente la decisione, rilevando come il TC avrebbe esorbitato i propri poteri costituzionalmente definiti, invadendo l’ambito di discrezionalità della politica²².

¹⁹ Come osservato da ORRÙ, 2013: 5181.

²⁰ Avvalendosi della facoltà concessagli dall’art 282.4 CRP.

²¹ Infatti, a seguito delle misure adottate, i lavoratori del comparto pubblico (ma anche i pensionati), oltre alle riduzioni di reddito già subite in precedenza, si sono trovati a dover accettare una ulteriore sospensione di parte delle retribuzioni e delle indennità previste.

²² PEREIRA COUTINHO, 2012: 81, ma *contra* MIRANDA, 2013: 363.

2.3.- La svolta del 2013

Anche l'approvazione della LOE per il 2013²³ ha originato un contenzioso costituzionale e il TC si è trovato nuovamente a dover sindacare le ulteriori misure di austerità approvate dal governo nel quadro del PAEF, inerenti, in particolare l'adozione di un complesso di misure eterogenee che si sono sostanziate nella pianificazione di ulteriori tagli nel settore pubblico e sulle pensioni statali. Con l'Acórdão n. 187 del 2013 il TC, pur in modo sofferto²⁴, si è spinto sino a dichiarare l'incostituzionalità, con effetti immediati, delle previsioni di cui agli articoli 29, 31 e 77 della LOE per il 2013 - per violazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 13 della CRP -; e di cui all'art. 117, c. 1 della medesima legge, utilizzando quale parametro costituzionale il principio di proporzionalità di cui all'art. 2 della CRP. Sono, quindi, state dichiarate incostituzionali solo le previsioni relative alla soppressione dei sussidi per le ferie (art. 29), all'estensione del taglio dei sussidi ai contratti di insegnamento e ricerca (art. 31), alla soppressione della 14^a mensilità per i pensionati (art. 77), e alla riduzione delle indennità di disoccupazione e di malattia (art. 117).

La decisione in commento, pur avendo avuto conseguenze significative nell'articolazione dei rapporti fra il Portogallo e la Troika²⁵, pare essere particolarmente ponderata e frutto di una evoluzione giurisprudenziale non incoerente. Significativo è il fatto che, con tale decisione, il TC ha fornito indicazioni che delimitano fortemente, ma non precludono, i margini di manovra dell'esecutivo e del legislatore. Dal giudizio emerge la consapevolezza della congiuntura di particolare "emergenza finanziaria" cui le misure impugnate intendono far fronte nell'ambito di una strategia pluriennale (par. 26, 35 della decisione) e si tenta di operare un bilanciamento fra i principi costituzionali di natura fondamentale invocati dai ricorrenti e gli obiettivi di riequilibrio delle finanze pubbliche, in un contesto definito di «particolare eccezionalità», essendo volto alla protezione delle capacità di

²³ Lei n. 66-B del 31 dicembre 2012. Sul contesto politico, economic e sociale su cui si sono innestate tali misure di austerità si veda la relazione di accompagnamento alla LOE: *Relatório do OE2013*, in http://www.portugal.gov.pt/media/736269/oe2013_rel.pdf.

²⁴ I giudici si sono divisi sia per le argomentazioni giuridiche poste a fondamento del loro voto, sia per l'effettivo orientamento. Numerose sono le *concurring* e le *dissenting opinions* espresse nella decisione.

²⁵ Sul punto si veda, ad esempio www.economist.com/blogs/charlemagne/2013/04/portugals-bailout.

finanziamento dello Stato e, per ciò stesso, allo svolgimento delle sue funzioni essenziali (par. 30). Non viene contestata, pertanto, l'esistenza di un interesse pubblico sotteso all'adozione delle misure di austerità²⁶, viene in questione, invece, l'impatto concreto delle misure adottate e la loro incidenza, in negativo, su principi fondamentali quali il principio di affidamento, l'uguaglianza e la proporzionalità (par. 30). Così, se, da un lato, la congiuntura eccezionale giustificerebbe la permanenza di alcune misure²⁷, dall'altro, viene sottolineato che, cessata l'urgenza immediata di cui agli anni scorsi, il legislatore avrebbe dovuto individuare misure alternative al rinnovo della sospensione del pagamento delle indennità per ferie degli impiegati pubblici (art. 29 l. n. 66-B/2012), il cui effetto continuativo e cumulativo con l'altra misura (cfr. art. 27) si traduce in una differenziazione di trattamento eccessiva, irragionevole e sproporzionata fra i lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato (par. 41-44).

Con il successivo *Acórdão* n. 862 del 2013, reso però nell'ambito di un giudizio avente natura preventiva²⁸, il TC, chiamato a decidere sulla legittimità di norme che miravano alla riduzione di alcune pensioni in percentuale del 10% e comunque superiori ai 600 euro mensili, ha ulteriormente approfondito alcuni approdi interpretativi cui era giunto in precedenza. In particolare, in questo caso, a differenza di quanto argomentato nel precedente *Acórdão* 187/2013, la declaratoria di incostituzionalità delle misure di *austerity* adottate ha trovato giustificazione nella necessità di tutelare non tanto "l'eguaglianza proporzionale", quanto il principio di affidamento²⁹.

²⁶ Interesse pubblico definito «reale, evidente, chiaro e inquadrabile [...] nell'ambito degli obblighi assunti a livello internazionale» (par. 30)

²⁷ Quali il mantenimento per il terzo anno consecutivo della riduzione delle retribuzioni lorde mensili dei lavoratori nel settore pubblico disposta dall'art. 27 l. 66-B/2012, sia rispetto al principio costituzionale del legittimo affidamento – in ragione della dimensione pluriennale della strategia di risposta alla crisi del debito sovrano – sia nei confronti del principio di uguaglianza - in virtù dell'efficacia certa ed immediata del sacrificio addizionale temporaneamente richiesto ai lavoratori del settore pubblico rispetto al settore privato (par. 27, 44).

²⁸ Progetto di legge n. 187/XII. ricevuto dal Presidente della Repubblica per la promulgazione in data 15 novembre 2013.

²⁹ Sul ricorso al principio di affidamento in materia pensionistica si vedano *ex multis*: CANAS, 2014; MOTA PINTO, 2014: 133; LOUREIRO, 2014:183; NOVAIS, 2014; DE AMLEIDA RIBEIRO, 2014.

L'argomentare per principi³⁰ che pare caratterizzare la giurisprudenza del TC portoghese della crisi nel 2013 si consolida anche nel 2014. Con l'*Acórdão* n. 413 del 2014 il TC ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune previsioni della LOE per il 2014 (*Lei* n.º 83-C/2013) che prevedevano ulteriori tagli salariali per i dipendenti pubblici, alle pensioni e alle indennità di disoccupazione o malattia, per violazione dei principi di eguaglianza e proporzionalità. Pochi mesi dopo, il TC (*Acórdão* n. 575/2014), dovendosi pronunciare nuovamente su tagli salariali previsti a carico dei dipendenti pubblici fino al 2015, ha nuovamente valorizzato il "principio di affidamento insito nel principio dello Stato di diritto sancito dall'art. 2 CRP", rilevando come le misure di *austerità*, sebbene progressivamente ridotte, non fossero conformi all'assetto costituzionale.

2.4.- Fil rouge delle decisioni

2.4.1.- Principio di eguaglianza, proporzionalità e di tutela dell'affidamento quali limiti imposti al legislatore.

Se, da un lato, la lettura delle decisioni sopra citate mostra come i livelli di tutela dei diritti sociali siano modulabili e reformabili *in pejus*, allorchè peculiari condizioni di interesse pubblico lo rendano necessario, dall'altro l'individuazione dei limiti che la Costituzione pone alla discrezionalità del legislatore non è sempre agevole e richiede un processo di mediazione e di bilanciamento tra interessi contrapposti.

Fil rouge delle decisioni sopra citate è certamente un argomentare per principi, più che riferito a singole disposizioni costituzionali che riconoscono un determinato diritto sociale. Centrale è il ruolo assunto dal richiamo al principio di proporzionalità, declinato anche quale principio di eguaglianza proporzionale. Fino a che punto, per esempio, l'imposizione di misure di *austerità* che vanno ad incidere solo su alcune categorie di soggetti (lavoratori del comparto pubblico e pensionati) è legittima e non comporta un'arbitraria (e illegittima) compressione del principio di eguaglianza? Le argomentazioni espresse in particolare negli *Acórdãos* n. 353/2012 e n. 187/2013 paiono particolarmente significative a tal proposito. Ma anche la giurisprudenza successiva, come si è visto, si colloca sullo stesso solco.

³⁰ È di elaborazione giurisprudenziale il criterio dell'"eguaglianza proporzionale" che si rinviene in molte "decisioni della crisi". Per maggiori approfondimenti si veda AMADO GOMES, CALVÃO (eds.), 2013.

Se nell'Acórdão n. 396/2011 le valutazioni sull'eccezionalità della congiuntura economico-finanziaria sfavorevole avevano condotto a ritenere non vulnerato il principio di eguaglianza, negli Acórdãos n. 353/2012 e 187/2013 il TC si è spinto ad affermare che, in sede di valutazione del rispetto del principio di eguaglianza, sussiste la competenza del giudice a valutare nel merito se i trattamenti differenziati siano o meno tollerabili e rispondano o meno ad esigenze costituzionalmente garantite. Il TC fa spesso riferimento al principio di "eguaglianza proporzionata", che conduce necessariamente ad uno scrutinio di proporzionalità secondo dinamiche che evocano il nostro giudizio di ragionevolezza³¹.

L'altro principio la cui violazione è stata sostenuta in molti dei ricorsi che hanno portato alle decisioni che si commentano è il «principio di affidamento (princípio da protecção da confiança) insito nel principio dello Stato di diritto, derivante dall'art. 2 della Costituzione»³². Se nell'Acórdão n. 396/2011 (ma anche n. 187/2013) la situazione eccezionale ha condotto ad escludere la violazione di siffatto principio, nelle più recenti decisioni n. 862/2013 e 575/2014, invece, anche per il protrarsi delle misure anticrisi, esso assurge a parametro interpretativo autonomo alla cui stregua addivenire ad una declaratoria di incostituzionalità³³.

La situazione di emergenza economico finanziaria, invece, pur rappresentando, nella recente giurisprudenza del TC, un elemento alla cui stregua compiere l'esegesi del testo costituzionale e la valutazione della conformità ad esso delle misure normative adottate non determina un'alterazione del parametro costituzionale giungendo ad essere assimilabile ad uno degli "stati di necessità" che ai sensi dell'art.

31 Sul giudizio di proporzionalità, CANAS, 2014. Sui profili di tangenza e differenziazione dei concetti di proporzionalità e ragionevolezza (specialmente nella giurisprudenza costituzionale italiana): CARTABIA, 2013. Sul principio di proporzionalità di recente anche BARAK, 2012.

³² In questi termini l'Acórdão n. 396/2011, par. 8, ma in senso conforme anche le decisioni successive citate nel testo. Cfr. supra nota 29.

³³ «Aqui, o princípio da confiança torna-se particularmente relevante em conexão com a autorresponsabilidade do Estado, pois o aumento da previsão de confiança só pode ser imputado ao próprio comportamento do legislador. É precisamente nas situações de sucessão de leis no tempo que o princípio da confiança pode ser invocado como parâmetro autónomo da constitucionalidade de um ato legislativo" (Acórdão n. 862/2013, par. 41). In senso conforme la decisione n. 575/2014.

19 CRP legittimerebbe l'adozione di misure normative temporaneamente derogatorie del quadro costituzionale vigente³⁴.

2.4.2.- Rispetto dei principi fondamentali e tutela della dignità umana

Dalle argomentazioni delle decisioni sopra richiamate emerge chiaramente la sensibilità del giudice costituzionale portoghese nello svolgere la difficile mediazione tra contingenze concrete, tutela dei diritti sociali e, in ultima battuta, rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento. La posizione assunta dal TC portoghese è degna di nota non solo per le implicazioni ordinamentali e non solo perché porta a riflettere sulla nota problematica del rapporto fra tutela dei diritti e rispetto delle esigenze di finanza pubblica, ma anche perché mostra l'interesse e la sensibilità dei giudici costituzionali per tematiche che coinvolgono quella che la costituzione italiana definisce un'"esistenza libera e dignitosa"(art. 36). Fra tutti i casi citati, è l'*Acórdão* n. 187/2013 a sembrare particolarmente significativo per i parametri attraverso cui i diritti sociali vengono tutelati. Non sempre la loro protezione passa unicamente attraverso il ricorso a principi costituzionali definibili "collaterali, ancorché strutturati nel sistema costituzionale"³⁵ (come il principio di eguaglianza o quello di affidamento), ma passa anche attraverso considerazioni che coinvolgono la violazione diretta del diritto all'assistenza sociale (art. 59, 1, c e f, e 63, 3 CRP) e richiamano il diritto a vivere secondo condizioni dignitose (cfr. artt. 1 e 36 della CRP e art. 36 Cost. italiana). Nell'*Acórdão* n. 187/2013, i giudici di Lisbona si sono soffermati ad analizzare il ruolo che i salari hanno nella tutela del diritto a vivere con dignità, poiché le misure restrittive imposte dallo Stato hanno avuto un impatto diretto sulle condizioni di vita dei lavoratori e dei pensionati. Sebbene nessuna delle previsioni del LOE sia stata dichiarata incostituzionale per la violazione dell'articolo 1 della CRP³⁶, pare estremamente significativo il fatto che sia i ricorrenti sia il *reasoning* del giudice costituzionale contengano numerosi riferimenti a tale principio. Tali riferimenti sono, infatti, la prova della importanza sistemica incontestabilmente riconosciuta a tale

³⁴Parzialmente *contra* URBANO, 2013:7.

³⁵In tal senso DE SOUSA RIBEIRO, 2013.

³⁶ Ai sensi del quale: «*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*».

concetto³⁷. Il giudice costituzionale, interrogandosi se l'art. 29 della L.66-B vulnerasse "il diritto fondamentale ad una esistenza dignitosa", espressamente inteso quale "emanazione garantistica del superprincipio della dignità umana", ha richiamato la propria precedente giurisprudenza ricordando che la dignità rappresenta "un vero e proprio principio regolatore primario di diritto" (in tal senso l'Acórdão n. 105/90), "fondamento e presupposto per la validità delle norme giuridiche", e direttamente riferibile alla garanzia del mantenimento di un certo livello delle condizioni materiali di vita" (par. 47, Acórdão n. 187/2013). Ed è in riferimento a tale ultimo aspetto che si innestano le considerazioni inerenti l'imprescindibile tutela di "un minimo salariale", dalla consistenza intangibile, da intendersi come "paga base strettamente necessaria per soddisfare requisiti imposti dalla sopravvivenza dignitosa del lavoratore". Tuttavia, al fine di individuare materialmente l'importo di questo "salario minimo", per i giudici è necessario riferirsi non solo a considerazioni di tipo equitativo (ascrivibili al principio di giustizia) o inerenti "l'idea stessa di dignità del lavoro", essendo necessario, di volta in volta, considerare "anche altre ragioni sociali ed economiche, quali le esigenze concrete dei lavoratori o l'aumento del costo della vita", esigenze da temperare pur sempre con "la sostenibilità delle finanze pubbliche"(par. 47). Quindi, in questo caso, non si è posta in questione una "dimensione positiva" di protezione del minimo salariale necessario a garantire un'esistenza degna³⁸, quanto una dimensione definita "negativa", attinente alle scelte politiche di modalità di attuazione del diritto.

Argomentazioni simili si rinvencono anche in alcune decisioni successive. In particolare, negli Acórdãos nn. 862/2013 e 575/2014 laddove si afferma che il legislatore può discrezionalmente intervenire a ridurre determinate garanzie³⁹, a patto che rispetti i limiti costituzionalmente imposti. Il legislatore, cioè, è libero di intervenire (anche in senso limitativo di garanzie esistenti), purchè in virtù di motivazioni "ragionevoli" – fra cui si annovera la "sostenibilità finanziaria del sistema" – senza, tuttavia, poter minare il nucleo essenziale del diritto, il c.d. "mínimo social", e

³⁷ Cfr. paragrafi 47, 24 e 94 Acórdão n. 187/2013

³⁸ Una dimensione inerente "la creazione o il mantenimento dei presupposti di fatto o di diritto necessari per la garanzia dell'effettività della tutela di un diritto fondamentale" (par. 47).

³⁹ Si faceva riferimento, in particolare, a "*condições e requisitos de fruição e cálculo das pensões*".

“i principi di uguaglianza, di dignità umana e il principio di affidamento” (Acórdão n. 862/2013, par. 24 e Acórdão n. 575/2014, par. 18).

Dal quadro giurisprudenziale brevemente tracciato si evince come la dignità umana sia declinata come un valore che si deve tradurre in politiche attive degli Stati, politiche “costose” sotto molti profili e, peraltro, non giustiziabili ove assenti. La dignità umana, così intesa, si colloca sul crinale fra principio di autorità in senso stretto e garanzie di libertà ed è comprensibile la “reticenza” dei giudici nell’uso di tale concetto, preferendosi il ricorso a parametri costituzionali di più agevole individuazione sotto il profilo normativo. Per questi motivi, l’approccio cauto e di tendenziale *self restraint* adottato dai giudici non solo è comprensibile, ma è anche auspicabile. I giudici confermano la loro riluttanza a sostenere una decisione basata esclusivamente sul principio della dignità umana, anche nei casi in cui tale principio è formalizzato a livello costituzionale, come in Portogallo.

Inoltre, si ritiene opportuno ricordare che quando vi è un conflitto di valori o diritti fondamentali parimenti permeati del principio di dignità umana si pone un problema di concreto bilanciamento⁴⁰. In tali casi non sempre pare di aiuto la felice espressione del Presidente Emerito della Corte costituzionale italiana, Gaetano Silvestri - secondo cui la dignità non è oggetto di bilanciamento ma è la stessa bilancia che consente il bilanciamento fra diversi diritti⁴¹ - perchè ai giudici è richiesto un bilanciamento concreto in termini di proporzionalità e ragionevolezza. Non ci si può spingere fino al sacrificio di tali valori, essendo necessario ricercare, di volta in volta, il

⁴⁰ Ciò è evidente anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana che ha evidenziato la connessione fra tutela dei diritti sociali e principio di dignità umana (spesso, peraltro, declinata implicitamente, in connessione con i principi di solidarietà, eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità). Va rilevato, comunque, che si tratta di una giurisprudenza non sempre coerente quanto ad esiti applicativi, e variabile a seconda del diritto sociale che di volta in volta viene in rilievo [cfr., *ex multis*, il c.d. caso ILVA (sent. n. 85/2013) o la decisione sulla c.d. *social card* (sent. n. 10/2010), ma anche le decisioni 80/2010, 264/2012 e 70/2015]. Il giudice delle leggi ha manifestato maggior rigore ogniquale volta si è trattato di proteggere il nucleo fondamentale di un diritto sociale (ed emblematiche a tal proposito sono molte decisioni relative alla protezione del diritto alla salute). Diversamente, la tutela si fa più indefinita e vaga in tutti quei casi in cui l’interpretazione sistematica del testo costituzionale costringe il giudice ad un concreto bilanciamento, poiché la dignità umana si modula nelle sue declinazioni concrete e non assiologiche (ad esempio quando il parametro è rappresentato dagli articoli 36 e 38 Cost.). Per una ricostruzione giurisprudenziale sul punto si veda anche DRIGO, 2013: 193 ss.

⁴¹SILVESTRI, 2007:1- 3.

punto di mediazione che consenta la salvaguardia del nucleo essenziale di tutti i valori e interessi che vengono in rilievo. In questo, il ruolo dei giudici costituzionali è essenziale e ciò si propone con particolare evidenza in situazioni di profonda crisi economica, istituzionale e politica, che mettono alla prova non solo la protezione dei diritti sociali, ma anche la tenuta del sistema costituzionale, imponendo di ripensare alcune categorie dogmatiche tradizionali⁴².

Sostenere, quindi, che la dignità umana possa essere considerata come vero e proprio parametro di giudizio, sulla cui base poter decidere *hard cases*, è probabilmente eccessivo, quel che pare indubbio, comunque, è che tale valore viva nella sostanza di molte decisioni dei giudici costituzionali, portoghesi e anche italiani e rappresenti uno dei limiti che si pongono alla discrezionalità del legislatore.

3. Riflessioni conclusive

L'analisi dei casi descritti è esemplificativa del ruolo che il giudice costituzionale portoghese, ma, similmente, anche i giudici costituzionali di altri Paesi, stanno svolgendo in questo difficile periodo di crisi. Essi si trovano a dover ricalibrare il bagaglio di strumenti giuridici e tecniche interpretative di cui dispongono al fine di operare un delicato bilanciamento non solo fra esigenze di ordine finanziario e rispetto di principi e diritti fondamentali dell'ordinamento - come i principi di eguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità e, più in generale, la tutela dei diritti sociali - ma anche un difficile temperamento fra scelte politiche ed esigenze finanziarie espressione della sovranità nazionale e adempimento di obblighi derivanti da decisioni assunte a livello sovranazionale e, talvolta, di fatto "imposte" ad uno Stato.

In Italia, se al momento non risulta che la Corte costituzionale abbia assunto decisioni che, per impatto sull'assetto ordinamentale nazionale, siano totalmente assimilabili a quelle portoghesi (cfr. spec. l'*Acórdão* n. 187/2013)⁴³, tuttavia non sono

⁴²Sul punto cfr. BIN, 2014; MORRONE, 2014. Paiono evocativi anche alcuni parallelismi con la c.d. "giurisprudenza della crisi" che caratterizzò gli Stati Uniti d'America: FABBRINI, 2014:62-69.

⁴³ Peraltro va ricordato che in Portogallo il giudice costituzionale può decidere anche giudizi aventi natura astratta (es. Su ricorso del Presidente della Repubblica o delle minoranze parlamentari) e certamente questo rappresenta un significativo profilo di differenziazione con il sistema di giustizia costituzionale nazionale. Cfr. sul punto DUARTE, AMADO GOMES, 2011: 299 ss.

mancate pronunce che presentano profili di parallelismo con la giurisprudenza costituzionale lusitana, sia per l'oggetto, sia per le implicazioni economico-finanziarie⁴⁴.

I giudici costituzionali di entrambi i paesi operano, di fatto, una sorta di mediazione politica degli interessi in gioco in un contesto in cui il diritto legislativamente creato non è in grado di fornire (culturalmente e socialmente) risposte soddisfacenti o ragionevoli. Se in Italia i giudizi costituzionali sulla crisi hanno rafforzato tendenze o confermato precedenti in certa misura già emersi nella giurisprudenza costituzionale precedente, in Portogallo, forse in ragione della maggior incisività delle misure imposte, l'atteggiamento del giudice costituzionale si è talvolta mostrato come particolarmente incisivo (anche, forse, per l'assenza di una clausola costituzionale che imponga il pareggio di bilancio).

Per quanto attiene l'Italia, si fa riferimento alle limitazioni dell'autonomia fiscale regionale secondo un processo che segue una tendenza di ricentralizzazione progressiva delle competenze⁴⁵ e che ha portato allo scoperto alcuni nodi irrisolti del regionalismo⁴⁶. Ma si fa anche riferimento ad un più ponderato bilanciamento fra diritti sociali, risorse finanziarie e legittime aspettative⁴⁷.

In relazione alla situazione italiana, va segnalato che con la decisione n. 70/2015, la Corte Costituzionale ha potenzialmente inciso in senso sostanziale sul bilancio statale poiché ha dichiarato incostituzionale la previsione normativa secondo cui era esclusa la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici di importo superiore tre volte il minimo per gli anni 2012 e 2013. Tale decisione, apparentemente orientata alla tutela dei diritti sociali e di quello che, pur non essendo esplicitato nelle motivazioni, è richiamato in via indiretta, cioè del diritto dei pensionati a vivere con dignità, in realtà ha creato un buco di bilancio di proporzioni significative, con potenziali ripercussioni negative sulla disponibilità di fondi per tutelare altri diritti sociali (*in primis*, la salute). L'impatto ordinamentale di questa decisione è stato significativo anche perchè nelle motivazioni della Corte non vi è alcun riferimento alla necessità di rispettare il vincolo del pareggio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. (vincolo che, invece, nella di poco precedente decisione 10 del 2015 aveva assunto una rilevanza significativa).

⁴⁴ Si richiamano, a tal proposito, le sentenze della Corte Cost. nn. 223/2012 e 116/2013, intervenute a giudicare i c.d. contributi di solidarietà per alcune categorie di lavoratori (magistrati e dirigenti della P.A.) – ma si richiamano anche le decisioni nn. 304 e 310/2013 relative rispettivamente al blocco della progressione in carriera per il personale diplomatico e al blocco della progressione in carriera e della progressione economica di docenti e ricercatori universitari, oltre alla decisione 70/2015 di cui alla nota precedente.

⁴⁵ Diffusamente su questa tendenza si veda BELLETTI, 2012.

⁴⁶ MORRONE, 2014: 6. Sul punto si vedano, di recente, le decisioni della Corte. Cost. Italiana nn. 237, 220, 205, 180, 62, 60/2013, ma anche nn. 28, 78, 222/2013.

⁴⁷ Grazie al ricorso ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Cfr. *infra* nota 53.

Sul versante lusitano, la giurisprudenza del TC, influenzata da una certa dose di “realismo pragmatico”, mostra di non ritenere affatto intangibile il livello di protezione dei diritti sociali che si rinviene nella legislazione vigente, facendo salvo solo il nucleo fondamentale degli stessi o le ipotesi in cui i contorni di tali diritti trovino una propria definizione a livello costituzionale⁴⁸. A tal proposito paiono emblematiche le considerazioni di cui all’*Acórdão* n. 862 del 2013, laddove si è affermato che «deve sottolinearsi il fatto che la piena realizzazione del programma costituzionale concernente i diritti sociali dipende essenzialmente da fattori finanziari e materiali che in gran parte sfuggono al controllo dello Stato. Pertanto il legislatore attua i diritti sociali, attraverso la loro concretizzazione legislativa, in funzione delle risorse disponibili in ciascun momento storico. L’idea della preservazione di un nucleo essenziale non può essere confusa con il divieto di *reformatio in pejus* delle prestazioni sociali, principio che, almeno nella sua purezza, è impraticabile, in quanto presuppone l’idea che le risorse disponibili siano in costante crescita» (*Acórdão* n. 862/2013, par. 20). In entrambi i Paesi, poi, il *reasoning* del giudice costituzionale si è basato su un’analisi “pragmatica” delle questioni⁴⁹ e i giudici sono ricorsi a strumenti già consolidati quali il ricorso alle sentenze additive (in Italia) o la scissione fra declaratoria di incostituzionalità ed effetti della stessa (in Portogallo), anche al fine di incidere il meno possibile sull’autonomia delle assemblee legislative e i diritti dei cittadini.

Concludendo, si può sostenere che nel corso di tale crisi economica il *constitutional reasoning* pare caratterizzato da alcune conferme e alcune innovazioni. L’uso della “crisi” quale elemento attraverso cui compiere l’esegesi del testo costituzionale sembra rappresentare sia un elemento di innovazione, per le modalità con cui si declina l’attuale crisi dell’Eurozona, sia un elemento che in certa misura riappare ogniqualvolta vi sono situazioni di stallo economico o recessione. Un altro elemento che ricorre nella giurisprudenza costituzionale è il frequente riferimento alla normativa internazionale ed europea, vuoi nello specifico, vuoi in generale, sebbene

⁴⁸ Similmente opina consolidata giurisprudenza costituzionale nazionale. Sulle “esigenze minime di protezione della persona” si veda, da ultimo, CAMERLENGO, 2013: 230 ss.

⁴⁹ considerato il calcolo economico sui costi e benefici delle misure di emergenza, la crisi, la presenza di circostanze eccezionali, etc..cui, però, in Italia si era già fatto ricorso anche in precedenti periodi di recessione.

tale riferimento non sia frequentemente utilizzato (almeno nella giurisprudenza costituzionale italiana) quale fondamento delle decisioni, ma sembri spesso fatto *en passant*, in *obiter dicta*. I giudici costituzionali di entrambi i Paesi, poi, hanno rilevato come, specialmente in tempi di crisi, sia quanto mai opportuno effettuare interpretazioni sistematiche della costituzione, tenendo nella giusta considerazione la protezione dei diritti e gli altri valori, principi ed interessi che vengono in rilievo, al fine di “leggere” il testo costituzionale in modo integrato ed unitario e giungere ad un bilanciamento equilibrato delle istanze, potenzialmente divergenti, che si desumono dal testo costituzionale⁵⁰. In questo contesto, al fine di dirimere interpretazioni del testo costituzionale potenzialmente configgenti, principi base del *constitutional reasoning* si confermano il principio di proporzionalità, quello di ragionevolezza e, in certa misura anche il principio di affidamento.

Da ultimo va forse ricordato che, se molte delle misure adottate a livello di Eurozona non fossero state l’effetto di accordi di natura internazionale ma si fossero inserite nel quadro delle funzioni normative dell’UE, probabilmente non ci sarebbe stato un coinvolgimento così “attivo” dei giudici costituzionali europei nella gestione degli effetti “pratici” della crisi⁵¹. Una riacquisizione di spazi per la politica si palesa, forse, più che auspicabile, anche nell’ottica di un superamento delle problematiche inerenti la crisi di legittimazione delle istituzioni europee e una ridefinizione dei rapporti con gli Stati membri⁵². La crisi economico-finanziaria che imperversa in Europa ci mostra come sia opportuno concepire un nuovo modello di protezione dei diritti sociali⁵³, inscritto in un processo di costituzionalizzazione dell’UE (dalla natura multidimensionale e multitemporale) che valorizzi sia il ruolo della dignità umana nella determinazione del nucleo intangibile dei diritti, sia una concezione dei diritti sociali che non risponda ad una visione meramente egalitaristica ma che tenga in debito

⁵⁰ Sul punto paiono particolarmente significative le motivazioni della decisione n. 264/2012 della Corte costituzionale italiana. Si veda CARTABIA, 2013.

⁵¹ Su questi profili diffusamente FABBRINI, 2014: spec. 60 ss.

⁵² Cfr. HABERMAS, 2012; COHNBENDT, VERHOFSTADT, 2012; GOULARD, MONTI, 2013; SADURSKY, 2013.

⁵³ Palese è l’inadeguatezza sia del modello liberale sia del modello socialdemocratico.

conto le specificità di ciascuna esperienza al fine di non aggravare (se non risolvere) le problematiche inerenti la sostenibilità del *welfare state*⁵⁴.

Riferimenti bibliografici

BARACK, Aharon, (2011) *Proportionality*, Cambridge, Cambridge University Press.

BELLETTI, Michele, (2012), *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche...e di contenimento della finanza pubblica*, Roma, Aracne.

BIN, Roberto, (2014), "Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione Finale", *Rivista AIC*, 3, 1-10.

CAMERLENGO, Quirino, (2013), *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, il Mulino.

CANAS, Vitalino, (2014), *Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)*, www.e-publica.pt.

CARTABIA, Marta, (2013), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it/

CASSESE, Sabino, (2009 a), *I tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma: Donzelli.

CASSESE, Sabino, (2009 b), *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Torino: Einaudi.

CASSESE, Sabino, (2002), *La crisi dello Stato*, Bari: Laterza.

CHARLEMAGNE, (2013), *Portugal's bailout - Austerity plans overturned*, in www.economist.com/blogs/charlemagne/2013/04/portugals-bailout

CICCARELLI, Andrea, GARGIULO, Pietro, (2012), *La dimensione sociale dell'Unione Europea alla prova della crisi globale*, Roma: Franco Angeli.

⁵⁴ Pare, qui, più che opportuno citare le parole di Holmes, "*taking rights seriously means taking scarcity seriously*", per ricordare come in questi ambiti sia la politica, più che le Corti, a pronunciarsi sull'allocazione delle risorse. HOLMES, SUSTEIN, 1999:94.

CIOLLI, Ines, (2012), "I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari", *Rivista AIC*, 1, 1 ss.

CISOTTA, Roberto, GALLO, Daniele, (2013), " Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità e il diritto internazionale", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2, 465 ss.

COHN-BENDT, Daniel, VERHOFSTADT, Guy, (2012), *Per l'Europa*, Milano:Mondadori.

CONTIADES, Xenophon, (2013), *Constitutionas in the global financial crisis, A comparative analysis*, Ashgate.

COSIO, Roberto, (2013), "Diritti fondamentali nell'Unione Europea", in Cosio Roberto, Foglia Raffaele (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano:Giuffrè, 47 ss.

COSTANZO, Pasquale, MEZZETTI, Luca, RUGGERI, Antonio, (2014), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino:Giappichelli.

DANI, Marco, (2013), *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam.

DE ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, (2014), " O Constitucionalismo dos Princípios", in De Almeida Ribeiro, Golçalo, Pereira Coutinho Luís (eds), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Lisbona: Almedina, 69 ss.

DE SOUSA RIBEIRO, Joaquim, *O interesse público como elemento de ponderação da decisão constitucional*, in www.tribunalconstitucional.pt/tc/file/20131115_jsr_kosovo.pdf?src=1&mid=2485&bid=1815

DONATI, Filippo, (2013), " Crisi dell'Euro, governance economica e democrazia dell'Unione europea", *Il diritto dell'unione europea*, 337 ss.

DRIGO, Caterina, (2013), "La dignità umana", in Mezzetti, Luca (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, Giappichelli, 161 ss.

DUARTE, Maria Luisa, AMADO GOMES, Carla, (2011), “ Portogallo”, in Celotto Alfonso, Tajadura Javier, de Miguel Bàrcena Josu (a cura di), *Giustizia Costituzionale e Unione Europea*, Napoli: Esi , 299 ss.

FABBRINI, Federico, (2014), “The Euro Crisis and the Courts: Judicial review and the Political Process in Comparative Perspective”. *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, testo reperito in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328060##

FERRARESE, Maria Rosaria, (2002). *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna: il Mulino.

GALGANO, Francesco, (2009). “Globalizzazione dell’economia e universalità del diritto”, *Politica del diritto*, n. 2, 177 ss.

GALGANO, Francesco, (2005), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: il Mulino.

GOULARD, Sylvie, MONTI, Mario (2013), *La democrazia in Europa. Guardare Lontano*, Milano: Bur.

GRASSO, Giorgio, (2012), *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli: Editoriale scientifica.

HABERMAS, Jürgen, (2013), *Fatti e norme - Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.

HABERMAS, Jürgen, (2012), *The crisis of the European Union*, GB: Polity

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass R., (1999), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, NY-Londra: W.W. Norton & co.

LOUREIRO, João Carlos, (2014), “ Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente”, in De Almeida Ribeiro Golçalo, Pereira Coutinho Luís (eds), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Lisbona: Almedina, 183 ss.

LUCIANI, Massimo, (2012), *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in www.astrid-online.

LUCIANI, Massimo, (2011), *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/relazione-luciani.html>.

LUCIANI, Massimo, (2006), "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", *Rivista AIC*, 1 ss.

MENEZES LEITÃO, Luís, (2011), *A Constituição e a crise financeira*, in www.dn.pt.

MIRANDA, Jorge, (2013), "O Tribunal Constitucional em 2012" , *European Review of Public Law*, 2, 363 ss.

MORRONE, Andrea, (2014), "Crisi economica e integrazione politica in Europa", *Rivista AIC*, 3, 1 ss.

MOTA PINTO, Paulo, (2014), "A Proteção da Confiança na "Jurisprudência da Crise", in De Almeida Ribeiro Golçalo, Pereira Coutinho Luís (eds), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Lisbona: Almedina, 133 ss.

OLIVITO, Elisa, (2014), "Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo Italiano", *Rivista AIC*, 1.

ORRÙ, Romano, (2014), "Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso

Portoghese", *DPCE*, 2, 1019 ss.

ORRÙ, Romano, (2013), "Vicende e attività del Tribunal constitucional portoghese nel biennio 2011-2012", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 5178 ss.

ORRÙ, Romano, (2011), "Vicende e attività del Tribunal constitucional portoghese nel biennio 2009-2010", *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 4847 ss.

PEREIRA COUTINHO, Luís, (2012), "Os direitos sociais e a crise", *Direito e Política*, 1, 81 ss.

RUGGERI, Antonio, (2012), "Crisi economica e crisi della Costituzione", in www.giurcost.org

RUGGERI, Antonio, (2011), "La ricomposizione multilivello del sistema delle fonti", in D'Ignazio (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano:Giuffrè, 17 ss.

SADURSKY, Wojech, (2013), "Democratic Legitimacy of the European Union: A diagnosis and some Modest Proposals", *Polish Yearbook of International Law*, 9 ss.

SILVESTRI, Gaetano, (2008), "Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona", *www.associazione deicostituzionalisti.it*

URBANO, Maria Benedita, (2013), "Estado de necessidade económica e financeira e o papel do Tribunal Constitucional". In Gonçalves, Amado Gomes, Melo, Calvão (a cura di), *A crise e o Direito Público, VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público*, Lisbona: Instituto de ciencias jurídico-políticas, in www.icjp.pt, 7 ss.

VAGLI, Giovanni, (2011), "Portogallo. Profili costituzionalistici dell'accordo tra Portogallo e FMI/UE", *DPCE online*, 4.

EUROPEAN CITIZENSHIP AND SOCIAL RIGHTS: AN ASSESSMENT THROUGH HEALTH PROTECTION

Marco Inglese

PhD in European law

Università di Bologna – Université de Strasbourg

Summary:

- 1.- Introduction.
- 2.- The European social citizenship.
- 3.- The multilevel health protection: the EU vs the MSs dimension.
- 4.- Application and enforcement of social rights: the health example.
- 5.- Conclusion.

Abstract in English

EUROPEAN CITIZENSHIP AND SOCIAL RIGHTS: AN ASSESSMENT THROUGH HEALTH PROTECTION

This paper seeks to analyse the mutual impact of the European citizenship and social rights through health protection. For this purpose, the first part focuses on the development of the citizenship concept as introduced by the Treaty of Maastricht. By virtue of the allocation of competences between the EU and Member States, the second part examines the multilevel health protection verifying its domestic as well as supranational dimension. The last part is focused on the application of the fundamental (or social?) right to health in comparison with the interpretation of the other provisions contained into Title IV of the EU Charter of fundamental rights. Finally, we will try to provide some indications on the current status of social rights protection taking into account the economic crisis that still affects some Member States.

Abstract in italiano

LA CITTADINANZA EUROPEA E I DIRITTI SOCIALI: UN'ANALISI ATTRAVERSO IL DIRITTO ALLA SALUTE

Il contributo mira ad analizzare il reciproco impatto della cittadinanza europea e dei diritti sociali attraverso la protezione della salute. A tale scopo, la prima parte dell'intervento si concentra sulla nascita e lo sviluppo del concetto di cittadinanza, così come introdotto dal Trattato di Maastricht. In virtù del riparto di competenze tra l'Unione Europea e gli Stati membri, la seconda parte esamina la tutela multilivello del diritto alla salute verificandone la sostanziale bipartizione tra la dimensione interna e quella sovranazionale. L'ultima parte si concentra invece sull'applicazione del diritto fondamentale (o sociale?) alla salute con riferimento all'interpretazione delle disposizioni contenute nel Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Infine, si tenterà di fornire alcune indicazioni sullo stadio attuale di protezione dei diritti sociali tenendo in considerazione la crisi economica che ancora affligge alcuni Stati membri.

Resumen en español

LA CIUDADANÍA EUROPEA Y LOS DERECHOS SOCIALES: UN ANÁLISIS A TRAVÉS DEL DERECHO A LA SALUD

Nuestro trabajo analiza el impacto recíproco de la ciudadanía europea y los derechos sociales a través de la protección de la salud. A tal fin, la primera parte de nuestra contribución se centra en el nacimiento y desarrollo del concepto de ciudadanía, tal como fue introducido por el Tratado de Maastricht. En virtud del reparto de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros, la segunda parte examina la tutela multinivel del Derecho a la salud, comprobándose el sustancial reparto entre la dimensión interna y la supranacional. La última parte se ocupa de la aplicación del Derecho fundamental (¿o social?) a la salud, haciendo referencia a la interpretación de las disposiciones contenidas en el Título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En definitiva, se pretende reflejar algunas ideas sobre el estadio actual de protección de los derechos sociales, teniendo en cuenta la crisis económica que azota a algunos estados miembros.

1.- Introduction

Article 35 of the European Charter of Fundamental Rights (hereinafter: the Charter) enshrines the right to health¹. The provision is basically split in two parts: whereas the first provides for the entitlement to medical treatments under “national laws and practices”, the second establishes that the European Union (hereinafter: EU) shall envisage a high level of health protection². This norm will be the cornerstone of our paper which is aimed at discussing the role of the EU citizenship vis-à-vis social rights such as those included into Title IV of the Charter. The right to health and the (lack of) development thereof will be taken as the best explanatory example of their promotion in the EU legal order. Hence, the reasoning will follow three main lines.

Firstly, the Treaty of Maastricht (1993) introduced the concept of European citizenship which, since then, has been constantly stretched in order to encompass more and more concrete situations, originally not falling into the scope of application of EU law. Thus, every discussion on fundamental rights cannot avoid a citizenship brief analysis; this is even truer in light of the fact that the EU does not enjoy a competence in that domain.

Having assessed EU citizenship's role in construing a genuine theory of fundamental rights, we will then turn our attention to the right to health. Again, considering the division of competences between the EU and the Member States (hereinafter: MSs) there are two overlapping systems of protection, namely the domestic and the supranational one. That would basically entail also two levels of legislation, application and enforcement. Yet, this separation is not so clear cut as it might appear since, year by year, through the jurisprudence of the European Union Court of Justice (hereinafter: EUCJ), especially in cases concerning patients' mobility, the EU market-oriented approach has started to creep national healthcare systems. Moreover, the right to health has always been considered a social right, hence based on the principle of non-regression. Yet, the slow penetration of EU law into national competences might jeopardize its theoretical and practical dimension.

¹ For what concerns the content of the right to health, see TOEBES (2001).

² HERVEY (2003)

Thirdly, we will focus on the application of the fundamental (or social?) right to health. Indeed, the EUCJ has not been delivering so far many judgments but some conclusions might be inferred from the case law on the workers' right to be informed (article 27 of the Charter). This analysis will give us a general overview on the enforcement level of provisions contained into Title IV of the Charter (Solidarity) and the interpretation thereof. Furthermore, this assessment will be helpful not only in order to construe a common understanding of fundamental rights but also to be applied, *mutatis mutandis*, to the concept of European social citizenship in this time of severe economic crisis.

Finally, we will seek to determine the level of protection of social rights in the EU legal order bearing in mind the example of the right to health.

2.- The European social citizenship

The Treaty of Maastricht introduced the European citizenship that, since then, has become the cornerstone of every discourse concerning fundamental rights. Indeed, due to its constitutional role, it should now be considered as the center of the European dimension. Basically, as enshrined in articles 18-20 TFEU, the citizenship encompasses several other rights such as free movement, non-discrimination based on nationality, diplomatic and consular protection, the right to vote and to stand as a candidate at municipal as well as European Parliament elections and the right to petition.³ If the EUCJ and commentators have interpreted those provisions in a broad manner, it is also true that the Charter does not apply solely to EU citizens but to all individuals falling within the scope of EU law as it is, for instance, for the right to good administration.

On the contrary, when social rights are at stake, this situation radically changes. Indeed, since they are conceived as purely inspirational and their application is entirely left to MSs, a proper analysis is still lacking. The concept of European social citizenship thus might entail two different sides: on the one hand, there is a solidarity clause

³ Title V of the Charter lists all rights stemming from EU Citizenship.

among EU citizens⁴; on the other, there exists a sort of State self-protection against free movement. Suffices to think to patients' mobility: neither Advocates General nor the EUCJ have used this mechanism to propose a new dimension of fundamental and/or social rights, namely rooted on article 35 of the Charter. Moreover, it has been argued that the enjoyment of this right –inextricably linked to the freedom to provide services (article 56 TFEU)- enhances EU solidarity to the detriment of domestic one.

Two examples might be useful to clarify our approach. In the leading case *Grzelczyk*⁵ the national judge asked the EUCJ whether the status of EU citizen, coupled with the principle of non-discrimination, can encompass the duty for the MS hosting a national of another MS to uphold student's claim for social benefits. The EUCJ held that those benefits are not linked to the status of worker, hence they have to be accorded also to foreign students.

On the contrary, in the recent *Dano*⁶ case the Court used a rather orthodox approach in order to stop the phenomenon of *benefits shopping*⁷ according to which EU citizens, exploiting their rights to free movement, can claim social benefits from the host MS. According to directive 2004/38⁸ EU citizens are free to stay in another MS for more than three months and less than five years⁹ if they prove not to be an unreasonable burden for the host welfare system. Consequently, the withdrawal of social benefits is not so straightforward to the extent that MSs are left a rather strict margin of discretion in this domain. Indeed, since the EU citizenship constitutes the

⁴ BARNARD (2005).

⁵ *Grzelczyk*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458. See also the more recent *Martens*, C-359/13, ECLI:EU:C:2015:118.

⁶ *Dano*, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358. In the same vein see also the opinions of Advocate General Wathelet, delivered on 4th June, 2015, in *Garcia-Nieto*, C-299/14, ECLI:EU:C:2015:366 and on 26th March, 2015, in *Alimanovic*, C-67/14, ECLI:EU:C:2015:210.

⁷ VERSCHUEREN (2015).

⁸ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, OJ L 158, 30.4.2004, p. 77–123.

⁹ If an EU citizen stays in another MS for more than 5 years, then he or she is entitled to the full range of social benefits accorded to the nationals.

fundamental status of individuals, it would be illogical not to contain such a power into certain limits¹⁰.

Nevertheless, these issues acquire a dramatic dimension when applied in time of economic crisis and cuts to social rights. In fact, on the one hand, nationals of a MS feel that other EU citizens can take profit of a, for example, more developed welfare system; on the other, it is always true that among the so-called migration pull factor¹¹ there is the strive to get a better situation.

For these reasons, the concept of EU social citizenship, when rights enshrined into Title IV of the Charter are at stake, should be modulated according to different needs and in light of the new developments of citizens' mobility. That would entail a renewed EU social agenda¹², a topic quite disputed due to budget constraints that affect entire public sectors such as, for instance, pension's scheme and healthcare. Finally, as has already been argued, a hypothesis to bolster the EU attention to social rights would be the accession to the European Social Charter¹³, or, at least, a reference to the opinions delivered by its Committee.

3.- The multilevel health protection: the EU vs the MSs dimension

One of the main achievements of the Lisbon Treaty is to provide a stable division of competences¹⁴ between the EU and the MSs. For what concerns health matters the situation unfortunately is not so straightforward to grasp since there are a set of different provisions that lead to, again, an overlapping level of protection. If common problems are treated as a shared competence (article 4, k, TFEU), the improvement of health condition is considered a support and coordination one (article

¹⁰ THYM (2015).

¹¹ Of course, we only refer to EU citizens who migrate from their MS to another. Third country nationals' status is regulated by Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, OJ L 16, 23.1.2004, p. 44–53, applies. See Iida, C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691.

¹² O' LEARY (2005).

¹³ DE SCHUTTER (2005)

¹⁴ ROSSI (2012).

6, a, TFEU) whereas health basic treatments are placed under the responsibility of MSs (article 168, para. 7 TFEU)¹⁵. Article 35 of the Charter confirms this reading.

Since, as we already said, the right to health is considered as a social rather than a fundamental one, it follows that the principle of non-regression should play a key role¹⁶. According to it, their protection should never diminish in a determined time irrespective of financial constraints. Yet, this assumption is far from being true.

Should the division of competences between the EU and MSs be really rigid, the sole responsibility for the breach of the principle of non-regression would be placed upon the latter. On the contrary, the EU, especially thanks to the case law of the EUCJ, is constantly penetrating into domains that –theoretically speaking- should be untouchable, that is, all those ones where a State performs its sovereign powers towards its citizens. The memoranda of understanding between the so-called “trojka” and Greece and Cyprus are the proof of this. Consequently, the principle of conferral becomes more and more fluid, even in domains where the EU intervention should be precluded. This fact gives rise to several doubts and could be categorised as an external intervention into sovereign areas and is even more critical considering that social rights are severely compressed.

If this analysis is true at the political level, the case law of the EUCJ, again, could shed light in such a phenomenon. As already said, patients’ mobility is a peculiar domain to the extent that, on the one hand, it is inextricably linked to health protection at national level; on the other, because the EUCJ jurisprudence seems to have overcome the division of competence between the EU and MSs. Indeed, since there are two different types of healthcare systems –private, based on insurance and public, based on taxation- the Court, in some cases, allowed patients to *exit*¹⁷ their affiliation regime in order to seek treatment abroad having the expenses covered by their home MS. Scholars¹⁸ have argued that this reasoning, in the long period, might

¹⁵ MICHEL (2004).

¹⁶ MÜLLER (2009).

¹⁷ NEWDICK (2006).

¹⁸ HERVEY (2005).

jeopardize the principle of solidarity upon which national healthcare schemes are founded.

Patients' mobility is accorded on the ground of a prior authorisation, delivered by the healthcare system of affiliation. It must be granted whereas some conditions are met, eg. the necessary treatment cannot be provided in due time, if it is among the benefits provided by the affiliation system; moreover, no alternative therapies must be available. In the recent *Petru*¹⁹ case the EUCJ did not depart from its coherent jurisprudence but added another piece to the jigsaw of the interplays between the right to health and the principle of solidarity. Thus, the first requirements –enshrined into article 21 of regulation 883/2004²⁰- must be interpreted assessing the whole national healthcare systems and not only the situation of the facility where the patient was originally hospitalised. Hence, it is evident that this ruling seeks to preserve the principle of solidarity and the financial viability of the national healthcare scheme to the detriment of the individual right to health.

Moreover, it has to be highlighted that in the long line of cases concerning patients' mobility, started in 1998²¹, neither the EUCJ nor Advocates General devoted particular attention to the right to health as such. Indeed, even though the Charter did not exist at that time, it has always been present in the common constitutional traditions²². Furthermore, the free movement of patients has been interpreted and codified²³ as an exceptional situation, whereby its use should be limited to the maximum extent.

The two levels of health protection somehow overlap to the extent that, on the one hand, MSs are responsible for the primary delivery of medical treatments; on the other, via patients' mobility, the EU steps in pathological situations such as an unreasonable delay or a shortage of some medical devices and/or pharmaceutical products. As long as article 35 of the Charter still lives in a limbo, it is rather difficult to

¹⁹ *Petru*, C-268/13, ECLI:EU:C:2014:2271.

²⁰ Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, OJ L 166, 30.4.2004, p. 1–123.

²¹ *Decker*, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167.

²² KARAGIANNIS (2012).

²³ DE LA ROSA (2012).

infer its proper meaning from those cases. Consequently, the attention should turn to other social rights included into Title IV.

4.- Application and enforcement of social rights: the health example

According to article 19 TEU MSs have to guarantee the proper application of EU law through national jurisdictions; moreover, internal legal remedies must comply with the principles of equivalence and effectiveness. For what concerns the interpretation of social rights and, more specifically, the right to health, the EUCJ intervened only in one case²⁴.

The Court was called upon to rule on whether article 35 of the Charter prevents the insertion of health claims –namely, “easily digestible”- on a wine processed following a specific technique. It is self-evident that the case deals with internal market and labeling. If one considers that jurisprudence, the real impact on the conceptualisation and enforcement of the right to health is quite scarce.

The most interesting case concerns the workers’ right to be consulted according to article 27 of the Charter. The EUCJ’s judgment ruled out the horizontal direct effect of that norm, an interpretation that could be extended, *mutatis mutandis*, to the other provisions included into Title IV of the Charter. That would basically lead to the conclusion that, even though according to the Charter all the rights enshrined therein are fundamental, they do not have the same legal value, thus affecting the consolidate doctrine of indivisibility.

The recent and famous *AMS*²⁵ judgment depicts this scenario. The Charter establishes the difference between rights and principles without saying what the former and latter are (article 52, para. 5, of the Charter). Consequently, and even though this *vacuum* should be filled by the EUCJ, it has been indicated that the provisions contained into Title IV should be regarded as principles whereas the others are rights. This dichotomy affects, on the one hand, the enforcement before national judges; on the other, legal certainty for individuals who might be deprived of some

²⁴ Deutsches Weintor eg, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526.

²⁵ Association de médiation sociale, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

legal tools²⁶. Indeed, the EUCJ held that the workers' right to information is not enforceable in horizontal situation –ie: where the parties are both privates- nor it is *per se* since it requires a proper specification in any act of secondary legislation. However, the EUCJ recognised the right to a legal redress for individuals whose rights have been breached by MSs, in line with the consolidated *Francovich*²⁷ ruling.

Practically speaking, the *AMS* judgment bears two main consequences. Firstly, the EUCJ seems to contradict the consolidated theory of the indivisibility of fundamental rights according to which every right which is deemed to be fundamental is, indeed... fundamental. Secondly, the Luxembourg court builds up a hierarchy for Charter's norms.

These observations are applicable *mutatis mutandis* to the right to health since, so far, the EUCJ has not shown any willingness to overrule its precedents in this domain. However, turning the attention to the scope of application of the Charter if this approach holds to be true for what concerns the domestic implementation of EU law, perhaps things will change whether the Court will be called upon to rule on the compatibility of fundamental/social rights in an annulment procedure.

5.- Conclusion

This contribution sought to analyse the different approaches taken in respect of social rights during this time of crisis through the lenses of the right to health. Therefore, it might be concluded that, on the one hand, the concept of European (social) citizenship is the cornerstone through which individuals enjoy a set of several rights; on the other, EU policies in this domain –also due to the competences overlapping- are still inconsistent and lack a global approach²⁸.

So far, the Charter seems to have missed the point since, for what concerns fundamental rights, its impact has been relevant while, on the contrary, for social ones there are no positive indicators yet. However, the possible improvements should be rooted into a renewed social approach and not only from legal instruments.

²⁶ GUDMUNSDOTTIR (2015).

²⁷ *Francovich*, C-479/93, ECLI:EU:C:1995:372.

²⁸ MICHALOWSKI (2008).

Bibliography

BARNARD, Catherine (2005). EU citizenship and the principle of solidarity, in Dougan Micheal, Spacenta Eleonora, *Social welfare and EU law*, Oxford: Hart, p. 157-180

DE LA ROSA Stephane (2012), The directive on cross border healthcare or the art of codifying complex case law, in *Common market law review*, p. 15-46

DE SCHUTTER Olivier, Anchoring the European Union to the European Social Charter: the case for accession, in De Burca Grainne, De Witte Bruno, *Social rights in Europe*, Oxford: Hart, p. 111-152, 2005

GUDMUNSDOTTIR Dora (2015), A renewed emphasis on the Charter's distinction between rights and principles: is a doctrine of judicial restraint more appropriate? in *Common market law review*, p. 685-720

HERVEY, Tamara K. (2003). The right to health in European Union law, in Tamara Hervey, Jeff Kenner *Economic and social rights under the EU Charter of fundamental rights: a legal perspective*, Oxford: Hart, p. 193-222

HERVEY Tamara K. (2005). We don't see a connection: the "right to health" in the EU Charter and the European Social Charter, in De Burca Grainne, De Witte Bruno, *Social rights in Europe*, Oxford: Oxford University Press, p. 305-335

KARAGIANNIS Simeon (2012). Le droit à la santé dans certains texte internationaux et constitutionnels: entre généreuse utopie et mesquin pragmatisme?, in *Journal du droit international*, pp. 1137-1212

MICHEL Valerie (2004). La compétence de la Communauté en matière de santé publique, in *Revue des affaires européennes*, p. 157-184

MICHALOWSKI Sabine (2008). Sovereign debt and social rights – legal reflections on a difficult relationship, in *Human rights law review*, p. 35-68

MÜLLER Amrei (2009) Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights, in *Human rights law review*, p. 557-601

NEWDICK Christopher (2006). Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social security, in *Common market law review*, p. 1645-1668

O' LEARY, Siofra (2005). Solidarity and citizenship rights in the Charter of fundamental rights of the European Union, in De Burca Grainne, *EU law and the welfare State: in search of solidarity*, Oxford: Oxford University Press, p. 39-87

ROSSI Lucia S. (2012). Does the Lisbon Treaty provide a clearer separation of competences between EU and Member States?, in Andrea Biondi, *EU law after Lisbon*, Oxford: Oxford University Press, p. 85-106

THYM Daniel (2015), The elusive limits of solidarity: residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens, in *Common market law review*, p. 17-50

TOEBES Brigit (2001). The right to health, in Asbjorn Eide, Catherine Krause, Rosas Allan, *Economic, social and cultural rights. A textbook*, Leiden: Martinus Nijhoff, p. 169-190

VERSCHUEREN Herwig (2015), Preventing "benefit tourism" in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano? in *Common market law review*, p. 363-390

L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI DEI RICHIEDENTI ASILO: IL RUOLO DELL'EASO.

Irene Grifó

*Dottoranda di ricerca in Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti
Università degli Studi di Palermo.*

Sommario:

- 1.- Introduzione.
- 2.- La cooperazione pratica dell'Easo: una mera raccolta di dati?
- 3.-Il controllo degli interventi dell'Easo.
- 4.- Le strategie di lavoro dell'Easo de iure condendo.
- 5.- Conclusioni.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

In questo contributo, l'Autore analizza il mandato dell'Ufficio Europeo di sostegno per l'asilo (Easo) al fine di verificare se le attività poste in essere sono volte alla garanzia dell'effettivo esercizio dei diritti sociali dei richiedenti asilo.

In primo luogo la ricerca si sofferma sull'esame delle principali azioni di sostegno e sulla funzione informativa e consultiva dell'Easo.

In seguito, si concentra l'attenzione sul controllo degli interventi dell'Easo sotto il profilo dei principi di indipendenza e qualità scientifica e tecnica.

Infine, si prendono in esame le future strategie di lavoro e si formulano alcune proposte dirette al rafforzamento della funzione di cooperazione pratica dell'Ufficio e del ruolo di promozione *lato sensu* dei diritti sociali dei richiedenti asilo.

Resumen en español

En este trabajo, el autor examina el mandato de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) con el fin de determinar si las actividades llevadas a cabo están dirigidas a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales de los solicitantes asilo.

En primer lugar, se estudian las principales actividades de apoyo de la Oficina y sus funciones de consulta y de asesoría.

A continuación, la atención se centra en los mecanismos para controlar la independencia y la calidad científica y técnica de las actividades de la OEAA.

Por último, se examinan las estrategias futuras de trabajo de la Oficina y se formulan propuestas destinadas a reforzar la cooperación práctica de la OEAA y la promoción, *lato sensu*, de los derechos sociales de los solicitantes de asilo.

Abstract in English

In this contribution, the Author analyses the EASO's (European Asylum Support Office) mandate in order to verify whether the carried out activities are aimed at guarantee the effectiveness of asylum seekers social rights.

Firstly, the research focuses on the examination of the main support actions and both informative advisory tasks of EASO.

Secondly, the attention turns to a reconstruction of the control instruments to which Easo is subject in terms of independence and technical-scientific quality.

In conclusion, the Author examines Easo's future strategies and offers solutions to strengthen the role of practical cooperation of Easo and its role, *lato sensu*, as social rights promoter of asylum seekers.

1.- Introduzione.

Lo studio ha ad oggetto il ruolo dell'EASO - Ufficio Europeo di Sostegno per l'Asilo - nella cooperazione pratica con gli Stati membri dell'Unione Europea al fine di assicurare ai richiedenti asilo *standard* di accoglienza uniformi in tutti i Paesi aderenti al Sistema Europeo Comune di Asilo (*Ceas*). A dieci anni dalla sua nascita, la sola emanazione di atti giuridici non è stata ritenuta sufficiente per il raggiungimento di una completa armonizzazione del sistema di asilo degli Stati membri¹. La Commissione, quindi, ha proposto di istituire un organismo decentrato², l'EASO³, al fine di ridurre le "forti divergenze degli Stati membri" in materia di protezione internazionale⁴. La *ratio* dell'affidamento di tali obiettivi a livello sovranazionale si fonda sul principio di sussidiarietà, posto che gli stessi "non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, in ragione delle dimensioni e degli effetti dell'intervento, essere realizzati meglio a livello dell'Unione"⁵. L'Easo dovrebbe operare come centro europeo specializzato in materia di asilo e svolgere funzioni di coordinamento⁶ e intervento attivo, soprattutto qualora si verificano disfunzioni nei sistemi di accoglienza o pressioni specifiche e sproporzionate dovute alla situazione geografica o demografica di alcuni Stati membri. Questi ultimi sono affiancati dall'Ufficio nell'assolvimento degli obblighi europei e internazionali in materia. L'intervento dell'EASO assicura, in tal modo, una tutela effettiva dei diritti sociali⁷ dei richiedenti asilo? È opportuno indagare quali siano in concreto le modalità operative attraverso le quali l'Ufficio svolgerebbe il ruolo di garante dell'uniforme attuazione del CEAS. Si verificherà, inoltre, se con il raggiungimento di questo obiettivo le attività

¹ La funzione dell'Easo dovrebbe essere quella di fornire un "sostegno rapido ed efficace alle amministrazioni nazionali aumentando la convergenza dei processi decisionali degli Stati membri". Commissione Europea, Piano strategico sull'asilo - Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea COM (2008-360: 5 ss)

² Commissione Europea, Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee, COM (2005-59).

³ Regolamento (UE) n.439/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo.

⁴ Si veda il secondo considerando del Reg. n.439/2010/UE.

⁵ Si veda il trentesimo considerando del Reg. n.439/2010/UE.

⁶ L'Easo viene inquadrato nel novero delle agenzie di "advisory", le quali attraverso l'attività di consulenza partecipano alla istituzionalizzazione di norme e prassi di lavoro (EKELUND, 2012: 26-49).

⁷ (LUCIANI, 2000: 367-405).

dell'Easo sono in grado di colmare l'attuale *deficit* di tutela dei sistemi di accoglienza di alcuni Stati membri.

2.- La cooperazione pratica dell'Easo: una mera raccolta di dati?

L'indagine si concentrerà su tre azioni di sostegno dell'Easo: il miglioramento della qualità dell'esame delle domande di asilo, il meccanismo di allerta rapido, di preparazione e gestione delle crisi e l'invio di squadre di supporto nei territori degli Stati membri.

Il Regolamento 439/2010/UE affida all'Easo l'ambizioso obiettivo del miglioramento della qualità del processo decisionale delle domande di asilo presentate negli Stati membri. Gli interventi dell'ufficio, tuttavia, non possono estendersi fino all'esercizio di poteri diretti o indiretti sulle singole domande di protezione internazionale, che rimangono di competenza delle autorità degli Stati membri⁸. Si potrebbe pensare, allora, che la funzione dell'Easo in questo settore si espliciti in attività di studio e nella predisposizione di informazioni complete sui Paesi di origine dei richiedenti asilo (*COI*⁹), di cui le autorità amministrative degli Stati membri tengono conto al fine dell'adozione di un approccio comune¹⁰. Tralasciando riflessioni in merito alla natura non cogente di tali documentazioni¹¹, è possibile rilevare che l'attuale portale *COI* contiene un numero esiguo di rapporti, di molto inferiore al numero dei principali Paesi di provenienza dei richiedenti asilo. Potrebbe essere un importante strumento se adeguatamente sviluppato e se le circolari adottate dai Ministeri degli Interni degli Stati membri indirizzate alle autorità amministrative competenti ne tenessero conto per la formulazione degli orientamenti interpretativi.

Una delle forme di intervento attivo dell'Ufficio è la funzione svolta in seno al meccanismo di allerta rapido, preparazione e gestione delle crisi previsto dall'art. 33 del Reg. 604/2013/UE, noto come "Dublino III". L'Easo, insieme alla Commissione, raccoglie le informazioni fornite dagli Stati membri relative ad ogni carenza che possa

⁸ Si veda il quattordicesimo considerando del Reg. n.439/2010/UE.

⁹ Country of Origin Information.

¹⁰ Commissione Europea, An open and secure Europe: making it happen, COM(2014,154:6)

¹¹ Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento istitutivo, "tale analisi non è volta ad impartire istruzioni agli Stati membri sull'accoglimento o sulla rieżione delle domande di protezione internazionale".

portare ad una crisi del sistema di asilo e di accoglienza e analizza i rischi connessi. L'Ufficio coopera con la Commissione e su richiesta dello Stato membro può fornire assistenza nella redazione di un piano preventivo o per la gestione delle crisi. La Commissione può chiedere un parere all'Easo in merito all'adeguatezza del piano dello Stato membro per la risoluzione delle criticità riscontrate. Alla luce delle considerazioni di cui sopra, si potrebbe ritenere che la funzione di cooperazione pratica dell'Ufficio, anche in quest'ambito, si risolva in attività di studio sulle condizioni di attuazione del sistema comune europeo di asilo da parte degli Stati membri. Le attività poste in essere nel 2013 dall'Easo con riferimento al sistema di allerta e preparazione coincidono con lo studio del funzionamento dei sistemi di asilo, la selezione degli indicatori di funzionamento del *Ceas*, quali l'accesso alla procedura e l'integrazione dei richiedenti e la creazione di un gruppo per la fornitura di statistiche, composto da rappresentanti degli Stati membri. Tale gruppo ha recentemente presentato il primo rapporto, che illustra la differente attuazione del *Ceas*, a causa della diversa interpretazione della disciplina da parte degli Stati membri. Il cerchio si richiude e si ritorna dunque al punto di partenza: l'Easo, istituito per ridurre le forti divergenze tra gli Stati membri per quanto riguarda la concessione della protezione internazionale, si limita a raccogliere dati da cui si desume il mancato raggiungimento dell'armonizzazione del *Ceas*.

In conformità a quanto previsto dalla seconda sezione del Reg. 439/2010/UE, l'Easo offre, inoltre, sostegno operativo agli Stati membri i cui sistemi di asilo e accoglienza siano sottoposti ad una pressione particolare, attraverso l'invio nei territori di squadre di sostegno per l'asilo composte da esperti del settore su richiesta di uno Stato membro¹² e mediante il coordinamento delle risorse fornite dagli Stati membri¹³. Tali squadre, come prevede l'art. 14, forniscono supporto ai servizi

¹² L'Italia ha firmato con l'EASO un piano di sostegno speciale per l'anno 2014. Nel quadro delle attività di supporto svolte, l'Ufficio ha redatto un rapporto per il Ministero dell'Interno sui requisiti necessari delle infrastrutture e del personale in seguito alla mappatura delle condizioni di accoglienza. EASO and Italy sign Special Support Plan, 02/2013.

¹³ Le squadre di sostegno inviate in Grecia hanno cooperato con le autorità nello smaltimento dell'arretrato e ha promosso procedure operative standard e questionari da sottoporre al richiedente, oltre che un sistema per lo svolgimento delle audizioni personali. L'Ufficio ha suggerito l'applicazione di *best practices* durante le operazioni di accoglienza, con particolare riferimento ai gruppi vulnerabili e

d'interpretazione, offrono informazioni sui paesi d'origine ed intervengono nel trattamento e nella gestione delle richieste di asilo. Le azioni dovrebbero mirare sia a rendere più agevole la fase iniziale dell'esame delle domande di asilo da parte delle autorità nazionali competenti sia ad assicurare che gli Stati membri dispongano di adeguate strutture di accoglienza e assistenza medica. Tuttavia, non è chiaro come quest'ultima funzione possa esprimersi in concreto ed eventualmente in quali modalità, posto che la decisione sulla domanda di asilo deve essere adottata, in ultima analisi, dalle autorità amministrative degli Stati membri¹⁴ e l'assistenza sanitaria e sociale ricade nella competenza degli Stati membri, seppur nel rispetto degli standard comuni europei. Non emerge in che termini l'Ufficio possa svolgere un controllo di conformità del rispetto del diritto alla salute e all'alloggio dei richiedenti asilo. Si potrebbe pensare, allora, che l'assistenza scientifica e tecnica dell'Ufficio coincida, ancora una volta, con la mera raccolta e l'analisi di informazioni¹⁵ fornite dagli Stati membri, dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati e da altre organizzazioni pertinenti al fine della determinazione delle misure d'urgenza da attuare e con il sostegno alla formazione dei funzionari delle amministrazioni e degli organismi giurisdizionali nazionali, che, ai sensi dell'art. 6, dovrebbe condurre ad una "maggiore convergenza delle prassi e delle decisioni amministrative e della prassi giuridica, nel pieno rispetto dell'indipendenza degli organi giudiziari". Bisogna tenere in considerazione, inoltre, la natura temporanea del sostegno fornito dall'EASO e le persistenti difficoltà degli Stati membri nella fase di *follow-up* degli interventi, in cui gli

alle tecniche di valutazione dell'età dei minori non accompagnati. EASO, Relazione annuale per il 2011 sulla situazione dell'asilo nell'Unione europea e sulle attività dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, (2011:18); EASO, Annual Report Situation on Asylum in the European Union 2013, (2013:55-57). La seconda fase del piano operativo greco, che si concluderà a dicembre 2014, si concentra sulla formazione degli operatori sull'accoglienza e dei funzionari dei Ministeri competenti sulla gestione dei finanziamenti europei, mediante l'invio di esperti e la realizzazione di workshop su temi strategici. EASO delegation visits the Greek First Reception Service, 01/2014; EASO Operating Plan for Greece - Interim Assessment of Implementation, 07/2014.

¹⁴ Nel Reg. 439/2010 viene specificato che l'EASO non svolge alcun ruolo direzionale nel processo decisionale delle autorità degli Stati membri responsabili per l'asilo riguardante le singole domande di protezione internazionale (art. 2 co. 6) e che le informazioni fornite sui paesi di origine (l'art.4 lett.e), gli altri documenti tecnici, gli orientamenti ed i manuali operativi (art. 13 co. 2) non sono volti ad impartire istruzioni sull'accoglimento o la reiezione delle stesse.

¹⁵ Easo Multi-annual work programme 2014-2016 - Towards a coherent implementation of the Common European Asylum System, 11/2013 (2013:12).

operatori nazionali terminano il percorso formativo e rimangono i soli responsabili delle procedure di asilo e accoglienza. Non sembra che si possa dire che l'accesso effettivo alla procedura di asilo sia garantito esclusivamente attraverso l'incremento della presenza di interpreti qualificati e fornendo ai richiedenti materiale informativo aggiornato. Ben venga la strategia di potenziamento delle capacità operative di accoglienza dal punto di vista formativo ed il monitoraggio delle condizioni delle strutture di accoglienza. Tuttavia, questa non può essere la sola strada da imboccare per garantire il godimento di diritti fondamentali ai richiedenti asilo, quali i diritti sociali.

3.- Il controllo degli interventi dell'Easo.

In conformità a quanto stabilito dall'art. 5 del TUE in merito all'esercizio delle competenze dell'Unione nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità è opportuno analizzare il meccanismo di controllo delle attività svolte dall'Easo e i criteri adottati nella valutazione delle medesime¹⁶. Il Regolamento istitutivo n.439/210 riconosce quali principi guida delle attività dell'ufficio l'indipendenza¹⁷, la qualità scientifica e tecnica dell'assistenza fornita e delle informazioni diffuse, la trasparenza

¹⁶ La condizione di conformità per la delega di poteri nell'ordinamento europeo è il rispetto del principio di legittimazione democratica, che si sostanzia anche mediante la previsione di meccanismi di supervisione e controllo. Quest'ultimo è svolto *ex ante* dalle istituzioni europee in forza degli atti costitutivi che stabiliscono le funzioni ed i poteri delle agenzie ed *ex post* della Commissione Europea nell'ambito delle procedure di nomina dei componenti della struttura amministrativa, quali i direttori esecutivi ed alcuni componenti del Consiglio di amministrazione (EVERSON, 2009). Le istituzioni politiche svolgono l'attività di monitoraggio dall'interno, partecipando mediante propri rappresentanti ai processi decisionali delle agenzie e dall'esterno, mediante le relazioni annuali e le audizioni dei responsabili delle attività svolte. La legittimità degli atti delle agenzie deve essere valutata alla luce dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 41 - diritto ad una buona amministrazione, art. 42 - diritto di accesso ai documenti, art. 43 - mediatore europeo; art. 47 - diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) e alle norme dei trattati, che affermano i criteri di sussidiarietà e proporzionalità dell'azione dell'Unione Europea (art. 5 TUE) e specificano che "nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, gli organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente" (art. 298 TFUE). Il controllo giurisdizionale degli atti ha luogo mediante ricorso alla Corte di Giustizia per annullamento ex art. 263 TFUE ed in carenza ex art. 265 TFUE. Dopo il Trattato di Lisbona, queste due azioni giurisdizionali possono avere ad oggetto atti emessi dagli "organi e organismi dell'Unione", in cui rientrano le agenzie europee, a prescindere da espresse previsioni contenute nei regolamenti istitutivi, come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("ogni atto adottato da un organismo comunitario destinato a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi deve essere suscettibile di controllo giurisdizionale" C.G.C.E., Sentenza *Les Verts c. Parlamento*, c.294/83, 23.04.1986).

¹⁷ Secondo D'ALTERIO (2012:801-844) il criterio dell'indipendenza si può riferire al rapporto tra agenzie e Stati membri e non alla relazione con la Commissione, che sottopone l'ufficio al suo indirizzo e controllo.

delle sue procedure e delle modalità di funzionamento e la diligenza nell'espletare i compiti attribuitigli. Secondo quanto disposto nell'approccio comune sulle agenzie decentralizzate¹⁸, a cui l'Easo si conforma, la Commissione può attivare un meccanismo di allerta/allarme se le decisioni adottate dal Consiglio di amministrazione non sono conformi al mandato dell'Ufficio, violano il diritto dell'Unione Europea o sono in manifesta contraddizione con gli obiettivi di politica europea. La Commissione informa il Parlamento ed il Consiglio perché agiscano rapidamente e può chiedere al Consiglio di amministrazione di astenersi dall'attività controversa fino a quando le tre istituzioni stanno discutendo la questione. In quanto agenzia decentrata dell'UE¹⁹, l'Easo opera nell'ambito del quadro politico e istituzionale dell'Unione e la responsabilità politica in materia di asilo spetta al Commissario europeo competente per gli affari interni²⁰. Sotto il profilo organizzativo, la struttura amministrativa e di gestione dell'EASO è coordinata dal Direttore esecutivo, nominato tra candidati selezionati tramite un concorso generale organizzato dalla Commissione e dal Consiglio d'amministrazione. Quest'ultimo è composto da un responsabile operativo delle amministrazioni competente in materia di asilo nominato da ciascun paese dell'UE, di due membri della Commissione e di un membro non votante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati. Emerge, *ergo*, come il Consiglio d'amministrazione, fulcro decisionale degli interventi dell'ufficio, sia costituito prevalentemente da rappresentanti dei governi degli Stati membri in grado di orientare l'attuazione della normativa europea di settore. Le funzioni dell'Ufficio, seppur stabilite nel quadro delle politiche delle istituzioni europee, sono svolte in vista del raggiungimento degli

¹⁸ Le Agenzie Europee decentralizzate contribuiscono all'implementazione delle politiche europee consentendo alla Commissione di concentrarsi sui compiti essenziali di *policy making*. Supportano il processo decisionale attraverso esperti indipendenti disponibili a livello dell'UE e nazionale per migliorare la cooperazione tra gli Stati in importanti ambiti di politica europea. Joint Statement of the European Parliament, the Council of EU and the European Commission on decentralized agencies, (2012: 13).

¹⁹ Per un'analisi dei tratti distintivi e del funzionamento delle agenzie europee si veda CHITI (2009: 1395-1442).

²⁰ L'EASO invia il programma di lavoro annuale e la relazione annuale sulle attività a Parlamento Europeo, Consiglio Europeo e Commissione. Il Direttore esecutivo riferisce al Consiglio Giustizia e Affari Interni e presenta il lavoro dell'EASO al Parlamento Europeo. L'ufficio opera in stretta cooperazione con l'UNHCR, con il quale nel 2013 ha firmato un accordo operativo e con le altre organizzazioni internazionali e intergovernative pertinenti. Programma di lavoro dell'EASO per il 2014, (2014: 29).

obiettivi previsti dai trattati e si collocano nel processo decisionale europeo²¹. L'Easo, in qualità di agenzia europea (CHITI, 2010: 57), esercita poteri strumentali allo svolgimento dei compiti della Commissione Europea, rispetto alla quale si pone in relazione di ausiliarità (DE MINICO, 2012: 731) e delle amministrazioni nazionali degli Stati membri (BILANCIA, 2012: 5), che dovrebbe coordinare nell'attuazione uniforme attuazione²² del *Ceas*. In conformità a quanto affermato in via giurisprudenziale dal "principio Meroni"²³, gli organismi non previsti dai trattati non possono esercitare poteri discrezionali²⁴, che rimangono di titolarità della Commissione. Devono limitarsi a svolgere, invero, attività preparatoria e consultiva. La Commissione, tramite i rappresentanti in seno al Consiglio di amministrazione ed i poteri detenuti direttamente in sede di adozione del programma annuale di lavoro, può indirizzare l'orientamento delle attività dell'ufficio²⁵. Nonostante il Regolamento istitutivo affermi l'indipendenza²⁶ dell'Easo, sembra sussistere il rischio che lo svolgimento della *regulation by information*²⁷ si muova all'interno dei confini tracciati dall'indirizzo politico della Commissione. Per questa ragione si potrebbe pensare che anche le strategie dall'Easo per garantire i diritti sociali dei richiedenti asilo siano formulate esclusivamente nel quadro dei suddetti orientamenti politici²⁸.

4.- Le strategie di lavoro dell'Easo de iure condendo.

E' opportuno verificare, a questo punto, se il ruolo di garante dell'attuazione di diritti sociali dell'Easo, non ancora ricoperto *in toto*, sarà rivestito in virtù delle

²¹ Secondo BERTI (1996: 1148) si può parlare di "circolarità" di legittimazione reciproca tra livello nazionale e livello sovranazionale.

²² CGUE, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-217/04, §§44-45, 02/05/2006.

²³ CGUE, *Meroni et al. c. l'Alta Autorità della CECA*, Cause riunite, 17 luglio 1959, (CHAMON, 2010: 281-305).

²⁴ Comunicazione della Commissione Europea, Il futuro delle agenzie europee, COM(2008)135.

²⁵ Secondo BUSUIOC (2009: 599-615) l'ampiezza delle funzioni svolte dalla Commissione va a discapito del grado di autonomia di azione delle agenzie.

²⁶ Secondo D'ALTERIO (2012: 832) la nozione di "indipendenza" può essere riferita nell'esclusivo interesse dell'Unione.

²⁷ Secondo MAJONE (1997: 262-275) a certe condizioni, questa forma di regolazione possa essere più efficace della regolazione diretta di natura coercitiva e più in linea con le condizioni politico-economiche del sistema.

²⁸ Secondo GRASSO (2000: 1117-1126) sussiste un nesso inscindibile tra funzione informativa e attuazione di indirizzi politici.

prossime sfide che l'ufficio si propone di vincere. L'analisi dei rapporti, tuttavia, sembra suggerire che l'Easo stia gradualmente prendendo le distanze dalla sua funzione principale²⁹. Come sopra illustrato, questa dovrebbe corrispondere, ai sensi del Reg.439/2010/UE, all'attuazione del sistema europeo comune di asilo nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che all'art. 18 riconosce il diritto d'asilo. I futuri sforzi dell'Easo sembrano essere diretti, invece, verso la prevenzione e la lotta contro le domande di protezione internazionale infondate senza però promuovere iniziative efficaci rivolte al miglioramento della capacità valutativa di credibilità delle autorità competenti, fortemente necessaria alla luce della mancanza di un approccio comune tra gli Stati membri. La strategia dell'Easo per promuovere l'efficienza delle procedure di asilo prevede la loro velocizzazione, mediante la creazione di canali prioritari per l'esame di domande di asilo che si ritengono manifestamente infondate. Non sembra questa la via opportuna per il raggiungimento dell'ottimizzazione di tempo e risorse, in quanto condurrebbe al risultato della diminuzione dei costi a scapito dei diritti. Inoltre dagli stessi rapporti dell'Easo emerge che le autorità addette alle prime fasi della procedura non sono adeguatamente preparate in materia di strumenti di protezione dello straniero. Che valore avrebbe, dunque, una valutazione di manifesta infondatezza proveniente da personale non specializzato, addetto in molti casi finora alla sola registrazione delle domande di asilo?

5.- Conclusioni.

L'affidamento della tutela dei diritti fondamentali ad organismi amministrativi può comportare il rischio di *perdere la tradizionale alterità dei diritti rispetto ai poteri pubblici* (CARTABIA, 2009: 531- 56). Con lo sviluppo del processo di integrazione, gli organismi europei - l'Easo in questo caso – sorvegliano sull'uniforme attuazione dei diritti, nel quadro di un *modello di amministrazione composta con gli apparati amministrativi nazionali* (NAPOLITANO, 2012: 153). In questa prima fase di lavoro, alla luce delle attività prevalentemente svolte, l'Easo sembra acquisire i tratti di un'*agenzia*

²⁹ Easo, Annual Report on the situation of asylum in the European Union 2013, cit.

di informazione (SHAPIRO, 1996: 667), effettuando un monitoraggio meramente conoscitivo dell'attuazione del sistema comune europeo di asilo.

In primo luogo, sarebbe opportuno che l'Easo potenziasse la funzione di cooperazione³⁰ nei sistemi di accoglienza degli Stati membri sancita all'art. 10 lettera b del Regolamento istitutivo³¹, finora rimasta quasi sulla carta, mediante un supporto operativo diretto alla garanzia, *lato sensu*, dei diritti sociali dei richiedenti asilo³². Questo ruolo non può essere svolto mediante la sola redazione di manuali di gestione dei centri di prima accoglienza ed organizzazione di sessioni formative dirette al potenziamento delle competenze gestionali degli operatori delle procedure di asilo³³.

Il monitoraggio del rispetto del *Ceas* attraverso lo scambio di informazioni e buone pratiche non sembra essere in grado, *ex se*, di assicurare condizioni di accoglienza e integrazione adeguate, poiché si muove essenzialmente su un piano di studio teorico e raccolta di dati.

In secondo luogo, si potrebbe pensare all'istituzione di un Comitato composto da esperti³⁴ in materia di asilo e di una rete di giuristi del settore incaricati di redigere rapporti su materie tecniche rilevanti al fine di garantire la qualità scientifica delle attività dell'Ufficio. All'interno del disegno tracciato, alle autorità amministrative degli

³⁰ Secondo quanto riportato nel Programma di lavoro 2014, la strategia di supporto relativo alle condizioni di accoglienza è ancora in via di formulazione. Nello svolgimento di questa funzione di sostegno, l'ufficio tiene in considerazione l'assistenza nel trattamento nella gestione dei singoli casi (art.9 co.2. Reg. 439/2010) e non soltanto la generale capacità di accoglienza di ciascun sistema di asilo.

³¹ "Su richiesta degli Stati membri interessati, l'Ufficio di sostegno coordina le azioni di sostegno agli Stati membri i cui sistemi di asilo e accoglienza sono sottoposti a una particolare pressione, in particolare coordinando: (...) le azioni dirette ad assicurare che gli Stati membri sottoposti a una particolare pressione possano mettere a disposizione adeguate strutture di accoglienza, in particolare alloggi d'emergenza, mezzi di trasporto e assistenza medica".

³² A parere dell'UNHCR la cooperazione con l'Easo potrebbe aver luogo durante gli sbarchi dei migranti e le fasi di prima accoglienza. Consolidating the CEAS: innovative approaches after the Stockholm Programme? (2014: 2). L'European Council on Refugee and Exiles rileva che l'Easo potrebbe determinare delle linee di guida da seguire nella valutazione dei requisiti della protezione internazionale in conformità alla Direttiva Qualifiche al fine della costruzione di un sistema di mutuo riconoscimento delle decisioni positive. ECRE Submission to the European Commission Consultation on the Future of Home Affairs Policies - An Open and Safe Europe: What Next? (2014: 6,14-20).

³³ Si fa riferimento alle attività svolte dalle squadre di supporto per l'asilo in Grecia. Relazione annuale per il 2011 sulla situazione dell'asilo nell'Unione europea e sulle attività dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo cit.

³⁴ Per approfondire il tema della rilevanza della consulenza scientifica obiettiva e imparziale nell'ordinamento istituzionale dell'Unione Europea si veda (GABBI, 2011: 213-226).

Stati membri³⁵ spetterebbe di acquisire le linee guida³⁶ elaborate dall'Easo ed adottare iniziative di adeguamento dei sistemi di accoglienza. Così facendo, si valorizzerebbe il ruolo dell'Easo di centro di esperti a supporto di una *policy* dei diritti³⁷ e ci si avvicinerebbe maggiormente ad assicurare il godimento dei diritti sociali dei richiedenti asilo, destinatari dell'azione amministrativa ma soprattutto titolari di un diritto costituzionalmente sancito.

Riferimenti bibliografici

BERTI, Giorgio (1996). "Democrazia, pluralismo e sistema economico- le Costituzioni e l'Unione europea". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 6, p. 1148 ss.

BILANCIA Paola (2012). *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano: Giuffrè, Università degli Studi di Milano – Dipartimento giuridico politico sezione di diritto pubblico europeo, p.5.

BUSUIOC, Madalina (2009). "Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies". *European Law Journal*, n°15, p. 599–615.

CARTABIA, Marta (2009). "L'Agencia dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti", *Il Diritto dell'Unione Europea*, n° 14, p. 531 - 56.

CHAMON, Merijn (2010). "EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n°17, p. 281-305.

CHITI, Edoardo (2009). "An important part of the Eu's Institutional machinery: features, problems and perspectives of European Agencies", *Common Market Law*

³⁵ L'attribuzione alle agenzie di poteri diretti di *enforcement* sarebbe percepito come eccessivamente invasivo da parte degli Stati. Il sistema istituzionale dovrebbe cogliere la potenzialità del ruolo informativo detenuto dalle agenzie europee, che potrebbe convertirsi nella costituzione di regole e prassi dotate di coerenza ed efficienza di alto livello. (MAJONE, 1997: 262-275).

³⁶ Secondo DEHOUSSE (2013: 2-27) l'assenza di poteri coercitivi non comporta necessariamente che le agenzie non possano esercitare alcun tipo di influenza.

³⁷ Secondo l'UNHCR, sono necessarie misure volte a sviluppare una risposta congiunta e più solida dell'Ue, attraverso la capitalizzazione del mandato dell'Easo e la condivisione di responsabilità tra gli Stati membri.

Review, n°46, p. 1395-1442.

CHITI, Edoardo (2010). "Le trasformazioni delle agenzie europee", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n°1, p. 57-90.

Commissione Europea, An open and secure Europe: making it happen, COM(2014) 154 fin., p. 6.

Commissione Europea, Il futuro delle agenzie europee, COM(2008) 135 def.

Commissione Europea, Piano strategico sull'asilo - Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea COM (2008) 360 def. p. 5 ss.

Commissione Europea, Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee, COM (2005) 59 def.

D'ALTERIO, Elisa (2012). "Agenzie e Autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa", *Diritto amministrativo*, n°4, p. 801 - 844.

DEHOUSSE, Renaud (2013). "The Politics of Delegation in the European Union", *Les Cahiers européens de Sciences Po*, n°4, p. 2-27.

DE MINICO, Giovanna (2012). "Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei Regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria", *Osservatoriosullefonti.it*, n°1, p. 731.

EASO, *Annual Report Situation on Asylum in the European Union 2013*.

EASO *delegation visits the Greek First Reception Service*, 01/2014.

EASO *Multi-annual work programme 2014-2016 - Towards a coherent implementation of the Common European Asylum System*, 11/2013, p. 12.

EASO *Operating Plan for Greece - Interim Assessment of Implementation*, 07/2014.

EASO, *Programma di lavoro dell'EASO per il 2014*, pag. 29.

EASO, *Relazione annuale per il 2011 sulla situazione dell'asilo nell'Unione europea e sulle attività dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo*.

EASO PR, *EASO and Italy sign Special Support Plan*, 02/2013.

ECRE, *Submission to the European Commission Consultation on the Future of Home Affairs Policies - An Open and Safe Europe: What Next?* January 2014, p.6,14-20.

EKELUND, Helena (2012). "Making Sense of the 'Agency Programme' in post-Lisbon Europe: Mapping European Agencies", *Central European Journal of Public Policy*, n° 6, p. 26-49.

EVERSON, Michelle (2009). "European Agencies: an uncertain future", in Hoffmann & Turk, *Legal Challenges in EU Administrative Law: towards an integrated administration*, Cheltenham: Edward Elgar.

GABBI, Simone (2011). "Independent Scientific Advice: Comparing Policies on Conflicts of Interest in the EU and the US", *European Journal of Risk Regulation*, n°2, p. 213-226.

GRASSO, Giorgio (2000). "Bruxelles chiama, Dublino, Salonicco, Alicante...rispondono? Alcune riflessioni sui "poteri indipendenti" dell'Unione Europea", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* p. 1117-1126.

Joint Statement of the European Parliament, the Council of EU and the European Commission on decentralized agencies, 2012, p. 13.

LUCIANI, Massimo (2000), "Diritti sociali e integrazione europea", *Politica del Diritto*, n°3, p. 367-405.

MAJONE, Giandomenico (1997). "The new European Agencies: Regulation by Information", *Journal of European public policy*, n°4, p. 262-275.

NAPOLITANO, Giulio (2012). "L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea" in BILANCIA Paola (2012), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano: Giuffrè, Università degli Studi di Milano – Dipartimento giuridico politico sezione di diritto pubblico europeo, p.153.

SHAPIRO, Martin (1996). "Agenzie Indipendenti: Stati Uniti e Unione Europea", *Diritto Pubblico*, n° 3, p. 667.

UNHCR, *Consolidating the CEAS: innovative approaches after the Stockholm Programme? UNHCR's recommendations to Italy for the EU Presidency July - December 2014*, pag. 2.

PARTE 2

El territorio: los dilemas de la ampliación a nuevos Estados y de la regionalización

Il territorio: il dilemma sull'allargamento ai nuovi Stati e il ruolo delle autonomie regionali

LAS TENSIONES TERRITORIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Antonio Pérez Miras

Doctor en Derecho Constitucional

Profesor Colaborador Asociado

Universidad Pontificia Comillas

Co-Director del Seminario Italospagnolo

La definición territorial de la Unión Europea, a pesar de lo que pudiéramos pensar, no es tan sencilla. El territorio es, en principio, un hecho objetivo, que tradicionalmente se ha considerado unos de los elementos configuradores del Estado. Dada la especial naturaleza de la Unión, esta categoría no se nos presenta desde su vertiente clásica sino que, por el contrario, pudiera parecer que el territorio es un hecho ajeno y extraño a la Unión que no condiciona, *a priori*, su configuración. Y ello porque la Unión no es un agente estático, sino que desde la creación en los años 50 de las primeras Comunidades europeas, la unión política del *viejo continente* ha sido una constante evolución hacia una meta, a veces, incierta. Pero nadie puede negar que dicha meta exista, aunque a veces la carrera y la dirección parezcan respectivamente un duelo de tortugas con marcha atrás.

Esta finalidad representada en el símil de la meta es muy oportuna para la parte que nos toca introducir con este capítulo: los dilemas del territorio. Sin lugar a dudas, si la meta es conseguir una Europa unida, ello implica un concepto geográfico. Bien es cierto que las características físicas de nuestro planeta, sin tener entonces en cuenta las placas tectónicas, hacen difícil una delimitación clara del continente europeo pues no es tan evidente su separación con Asia. A esta cuestión geográfica natural debemos añadir la perspectiva de la geografía política en tanto que existen países que se extienden por ambos continentes –pensemos en el caso de Rusia o, más especialmente, en el de la controvertida Turquía—. En consecuencia, la Unión Europea se enfrenta a una indefinición territorial clara que no puede ser salvada por las distintas perspectivas geográficas. Por ello, debemos convenir que se trata de una definición mediata, de acuerdo con el territorio de los Estados miembros que la componen. Es decir, el territorio de la Unión viene determinado por el efectivo territorio de sus Estados miembros, aunque éstos se extiendan más allá o fuera de lo que convencionalmente entendemos por continente europeo¹. En definitiva, podemos

¹ Pensemos en las zonas de África como la francesa isla Reunión o las ciudades españolas de Ceuta y Melilla; o en América, la Guayana francesa y las islas de Martinica y Guadalupe. Asimismo podríamos incluir los archipiélagos atlánticos de la Macaronesia (de España y Portugal), aunque quizá estos últimos se pueden enmarcar dentro del marco geográfico físico europeo como ocurre con las islas del Mediterráneo.

decir que el carácter dinámico de la Unión se evidencia principalmente en sus distintas ampliaciones territoriales².

De aquí podríamos deducir que la Unión Europea no tiene *a priori* un límite territorial definido en tanto en cuanto siguen abierto procesos de adhesión de nuevos países³. Y sin embargo, podríamos decir que la Unión tiene en principio una aspiración de complitud geográfica –si es que cabe la determinación exacta, cierta y verdadera del continente europeo– de acuerdo con lo establecido en el art. 1 pr. 2 TUE cuando establece como finalidad crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa⁴. Observamos que no se realiza ninguna distinción en el concepto ‘pueblos de Europa’ con lo que se refuerza esa idea de que el límite territorial de Europa se encuentra en lo que convencionalmente entendamos dentro del Continente.

Ello es importante resaltarlo, porque existen otras instituciones europeas de un mayor espectro y alcance territorial. Nos referimos al Consejo de Europa, formado por 47 Estados. Sin entrar en la oportunidad de que la UE se adhiriera al CEDH –que se aborda en otra parte de esta obra– la dimensión geográfica del Consejo de Europa podría parecer la aspiración máxima a la que tendría que llegar una unión de Europa total.

Este punto nos lleva entonces a tener que buscar otras categorías que configuren el elemento territorial de la Unión, es decir, que complementen el hecho geográfico. Admitido, pues, que la Unión se extiende por territorios de otros continentes y que la delimitación oriental de Europa es, al menos, cuestionable,

² Nunca está de más recordar las distintas fases de ampliación: 1) países fundadores: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos; 2) primera ampliación dos décadas después: Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido; 3) en los 80 dos ampliaciones: 1981, Grecia; 1986, España y Portugal; 4) cuarta ampliación, en los años 90: Austria, Finlandia y Suecia; 5) con el siglo XXI se produce la mayor ampliación en 2004 con 10 nuevos países: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y Chequia; en 2007 se incorporan Bulgaria y Rumanía; 6) la última ampliación se ha producido en 2013 con la adhesión de Croacia.

³ Actualmente existen 5 países candidatos: Albania, la antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Serbia y Turquía. Sólo con estos tres últimos están en marcha las negociaciones de adhesión. Por su parte, se consideran candidatos potenciales Bosnia-Herzegovina y Kososvo.

⁴ “El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...”

debemos entender que el canon integrador se encuentra más en los valores con que se funda la Unión, que en el solo dato físico.

No cualquier Estado europeo podrá formar parte de la Unión porque, de acuerdo con el art. 49 TUE⁵, solamente podrán adherirse a la Unión los Estados europeos que respeten y promuevan los valores mencionados en el art. 2 TUE⁶. Por tanto, a la cuestión geográfica debemos añadir una perspectiva axiológica en tanto en cuanto los Estados miembros deben compartir el fundamento de la Unión basado en los valores de libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos⁷.

En este sentido, el caso de Marruecos nos sirve para ilustrar esta situación. Marruecos pidió el ingreso a las entonces Comunidades Europeas en julio de 1987. El país norafricano, poco después del ingreso de España y Portugal, solicitó ser un socio más de la entonces Europa de los 12. Bien es cierto que Marruecos ha tenido siempre una estrecha relación con Francia y con la Península Ibérica. Pero su localización geográfica y, especialmente, su falta de democracia, hacían inviable aquella solicitud – que sin embargo tuvo efectos positivos para una mayor cooperación económica posterior–. La excusa geográfica –ni siquiera formaba parte del Consejo de Europa– fue una fácil solución para que las relaciones diplomáticas no tuvieran que enfrentarse al hecho del déficit democrático, que es lo que realmente frenaría, a mi entender, una

⁵ Art. 49 TUE *ab initio*: “Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión.”

⁶ “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

⁷ Esto se evidencia, por ejemplo, en el hecho de que los documentos que publica la Comisión europea para comprender las políticas de la Unión Europea, el relativo a la ampliación tiene como subtítulo “Hacer llegar a más países las normas y los valores europeos” y en su texto queda clara la finalidad de la ampliación es propiciar la paz, la prosperidad y los valores del continente, con referencias expresas al art. 2 TUE. Por tanto, en esta publicación, destinada al conjunto de la ciudadanía europea, se vincula claramente la configuración territorial de la Unión –mediante las ampliaciones– con la compartición de los valores en los que se fundamenta la Unión. El documento, en cualquiera de las lenguas oficiales, está disponible *on line* en <http://bookshop.europa.eu/es/ampliacion-pbNA0215516/?CatalogCategoryID=sciep2OwkgkAAAE.xjhtLxJz> (1/12/15).

posible adhesión de un país de la otra orilla del Mediterráneo⁸. Y es que es innegable que los orígenes romanos en la idea de una unión en Europa justificaría, no ya sólo la adhesión de Turquía, sino del conjunto de países bañados por el *Mare Nostrum*, con los que compartimos una herencia cultural.

Y es que es el aspecto cultural lo que en definitiva podemos entender como el elemento integrador de la Unión Europea. Pero una cultura jurídica⁹, pues como ha asentado HÄBERLE (2004) “el proceso de constitucionalización de Europa debe ser comprendido desde su pluralidad y unidad como cultura. No sólo los textos CE/UE contienen derecho constitucional cultural, también en Europa en sentido amplio, la cultura es un tema aglutinador y unificador.” Siguiendo su teoría, el patrimonio cultural europeo se nutre de la pluralidad municipal, regional y nacional, y por tanto, desde este espacio cultural se puede construir un espacio público europeo. Y es que, como muy bien señala “[el] territorio, el espacio, no es simplemente la naturaleza, la planicie o el espacio de la tierra; es un territorio configurado culturalmente.” (HÄBERLE, 2008: 350)

En mi entender, este espacio público europeo no debe por qué coincidir con el elemento fáctico territorial del continente, pero creo que su equiparación es una aspiración de la Unión y por ello se establece entre los criterios de Copenhague para la ampliación, unos de carácter político, que impliquen en el Estado candidato instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías¹⁰.

⁸ De hecho, desde 2008 existe una organización intergubernamental promovida en la Cumbre del Mediterráneo de París de aquel año como un reforzamiento del Proceso de Barcelona iniciado en 1995. La Unión por el Mediterráneo, con sede en Barcelona, está integrada por 43 países de ambos lados del Mediterráneo, incluyéndose los 28 Estados miembros de la UE. Más información sobre este organismo puede consultarse en su web <http://ufmsecretariat.org/> (1/12/15).

⁹ HÄBERLE (2004) ha determinado que los elementos que configuran la cultura jurídica europea son la historicidad, el carácter científico y la dogmática jurídica, la independencia jurisdiccional y el Estado de Derecho, la libertad religiosa y la neutralidad confesional e ideológica del Estado y las ideas de pluralidad y unidad y de universalidad y particularidad.

¹⁰ No podemos obviar el hecho de que estos valores deben entenderse permanentes, en el sentido de que su observancia es un requisito, a nuestro entender, para la continuación en el proyecto europeo, es decir, al adhesión no agota el compromiso de asunción de los valores fundamentales de la Unión. En este sentido, véase BAR CENDÓN (2014), que sobre esta premisa se pregunta por la vulnerabilidad de los valores y derechos de la Unión en los Estados miembros y los mecanismos para su control.

Una vez dibujado en nuestra cabeza este particular mapa europeo, es oportuno que nos preguntemos *introduktivamente* algunas de las cuestiones territoriales que creemos que afectan a la actual Unión Europea.

Comencemos por la cuestión más general. Aparcada, como parece tras la incorporación de Croacia, una ampliación inmediata de la Unión, conforme a la tipología de candidatos que ya hemos visto, y tras la retirada de Islandia –en lo que parecía que iba a ser una adhesión exprés–, el problema de conjunto a la que se enfrenta la Unión no es ya ese dilema de la ampliación sino su posible reducción mediante la salida de un Estado tan importante como es el Reino Unido. El desafío lanzado por los británicos, quizá uno de los Estados más euroescépticos por su propia idiosincrasia identitaria, puede poner en jaque a toda la Unión, en especial en su significado como espacio cultural que hemos defendido en estas páginas. No obstante, debemos reconocer la licitud de esta opción nacional porque así se recoge en el art. 50 TUE tras el Tratado de Lisboa. Al respecto, véase con más profundidad el estudio de ILARIO NASSO en su relación con el Ordenamiento italiano.

Muy en relación con este tema de la salida de un Estado miembro debemos conectar también la secesión de partes de Estados miembros y el problema de su asunción como nuevos Estados. Es decir, problemas *internos* de secesión de Estados que, sin duda, tienen transcendencia constitucional europea (DE MIGUEL BÁRCENA, 2014). Especialmente nos referimos a los casos de Escocia y Cataluña, por ser los más candentes, pero tensiones territoriales de entes infraestatales se suceden a lo largo y ancho de los Estados miembros de la Unión. Se recomienda la lectura al respecto del interesante capítulo de TANJA CERRUTTI sobre los independentismos dentro de la Unión¹¹.

Sin duda, esta cuestión está muy relacionada con la necesidad de articular una *buena* Europa de las Regiones. Los pulsos nacionalistas y regionalistas son quizá uno de los desafíos más importantes a los que se enfrenta la Unión –y por ello, a pesar de los

¹¹ Además de la amplia y sólida bibliografía allí manejada, en castellano puede consultarse, entre otros, MANGAS MARTÍN (2013); MEDINA ORTEGA (2014); DE CARRERAS (2014); DE MIGUEL BÁRCENA (2014)

avances que ha traído consigo el Tratado de Lisboa¹²-. En este punto me permito remitir la lectura del capítulo elaborado por ALBERTO JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA. Desde nuestro punto de vista, los retos que provocan estas situaciones, que evidentemente trascienden el solo espacio estatal, deben tener una respuesta europea, sin que por ello se salten los mecanismos constitucionales internos –adoptando un sentido amplio del art. 50 TUE-. Para ello creemos necesario una buena articulación del valor de la autonomía territorial para con la cultura jurídico-constitucional europea (HÄBERLE, 2008: espec. pp. 350 ss.) y desde una perspectiva federal¹³. Una apuesta por la construcción federal europea es un compromiso por una mayor unidad, y por tanto un reforzamiento de los valores fundamentales, que en última instancia redundan en beneficio de todos y cada uno de nosotros como ciudadanos europeos. La ciudadanía europea está necesitada de cercanía política y ésta sólo se puede conseguir mediante estructuras y formas descentralizadas de poder¹⁴. La apuesta federal europea busca, sin duda, la mejora de los elementos de cooperación desde una óptica de gobernanza multinivel¹⁵. (A este respecto véanse el capítulo de BENEDETTA VIMERCATI sobre el papel de las asambleas legislativas regionales y locales en la UE o el más específico de las Regiones de Estatuto especial de LUCA FANOTTO). En la sección dedicada a los análisis de cuestiones particulares de Estados miembros, el lector podrá encontrar algunos capítulos de los que extraer algunos principios que coadyuven a este entendimiento federal: me refiero especialmente a los trabajos de JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ (sobre Bélgica) y SONSOLES ARIAS GUEDÓN (sobre Alemania).

La cuestión regional ha despertado entre los jóvenes comunicantes una especial curiosidad científica. Así se explican los capítulos de FRANCESCA MINNI y

¹² Por ejemplo, el fomento de la cohesión territorial (art. 3.3 TUE) o las referencias a la autonomía local y regional del art. 4.2 TUE.

¹³ De acuerdo con HÄBERLE (2008: 352) “La autonomía es un pedazo de la división de poderes desde una perspectiva federal y conduce a un incremento del Estado de Derecho y las prestaciones sociales que resultan de la actividad cotidiana de los municipios. Sin duda, han existido ciudadanos del mundo –como Kant o Goethe–, pero los ciudadanos ordinarios necesitamos un pedazo de tierra para sostener nuestra identidad. Finalmente, la autonomía está al servicio del interés general, que comprendido desde una perspectiva pluralista, se configura de manera procesual a partir de las directrices constitucionales. En conclusión, el pluralismo territorial es un logro para la comunidad política y el ciudadano.”

¹⁴ Al respecto me permito remitir al fabuloso estudio de KOTZUR (2004)

¹⁵ Un análisis de las relaciones entre Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa puede verse en FROSINA (2014)

GIANLUCA MAROLDA desde la perspectiva del constitucionalismo italiano o el muy interesante estudio sobre la redimensionalización de la provincia en el seno de la UE que realiza LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO. Con estos trabajos se completa la parte de esta obra dedicada a los dilemas del territorio.

No quisiera acabar esta breve introducción a la parte “territorial” sin resaltar la importancia que, desde mi punto de vista, tiene razonar la Unión Europea desde perspectivas constitucionales y desde ópticas estatales, sin que ello sea óbice para reconocer su especialidad. Una unión política compacta sólo podrá conseguirse mediante una sólida construcción jurídica. Y para ello, es necesario siempre avanzar en los puntos que han abierto el camino hacia una mayor experimentación por parte de la ciudadanía del significado de la Unión. Por ejemplo, como señala HÄBERLE (2008), “[la] Europa de Schengen ha relativizado el espacio estatal, de modo que éstos se definen como espacios jurídicos culturales. Hoy, tan sólo cuentan las fronteras externas de la Unión.” Pues bien, cuando hemos sido ya capaces de definir esas fronteras externas, nos debería ser más fácil no volver a llenar de colores esa unidad azul y que entonces ese mapa nos permita volver a ver brillar la luz de nuestras estrellas.

Referencias bibliográficas.

ANTONIO BAR CENDÓN, “La Unión Europea como unión de valores y derechos: Teoría y Realidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014, pp. 99-140.

FRANCESC DE CARRERAS SERRA, “Unión Europea y secesión de Estados miembros. ¿Deben intervenir las instituciones europeas?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014, pp. 271-282.

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA, “La cuestión de la secesión en la Unión Europea: una visión constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 165, 2014, pp. 211-245

LAURA FROSINA, “Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la «Multilevel Governance»”,

Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 22, 2014, en <http://www.ugr.es/~redce/>; traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

PETER HÄBERLE, “El valor de la autonomía como elemento de la cultura constitucional común europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, pp. 347-354; traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

_____ “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004, en <http://www.ugr.es/~redce/>; traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón.

MARKUS KOTZUR, “Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004, en <http://www.ugr.es/~redce/>; traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

ARACELI MANGAS MARTÍN, “La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 25, 2013, pp. 47-68.

MANUEL MEDINA ORTEGA, *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2014

**A) PROBLEMÁTICAS ANTE LA CUESTIÓN
TERRITORIAL**

**A) PROBLEMATICHE SULLA QUESTIONE
TERRITORIALE**

RETOS DE LOS NACIONALISMOS EN LA EUROPA DE LAS REGIONES

Alberto Jiménez-Piernas García

Dottorando

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sumario:

Introducción;

1- La autodeterminación como fenómeno sociohistórico y jurídico internacional;

2- Estrategias nacionalistas y la Europa de las Regiones: límites y perspectivas;

3- Algunas observaciones finales.

Referencias bibliográficas.

Resumen en español

Los viejos Estados-Nación europeos y sus sistemas constitucionales se enfrentan a un doble reto de envergadura. El proceso de integración europea se ha solapado con reivindicaciones nacionalistas a nivel subestatal, algunas de larga duración. Estos dos procesos conducen a un doble vaciado de soberanía de los centros tradicionales de poder: hacia arriba -esto es, a las instituciones europeas, y hacia abajo -o sea, a entidades subestatales (con o sin pulsiones identitarias y dentro de sus diversas denominaciones y formas jurídicas). La contradicción latente ha tratado de neutralizarse con la llamada Europa de las Regiones sin grandes resultados en su relación con los nacionalismos. Esta ponencia gira, por tanto, en torno a dos partes. En primer lugar contextualizaremos los nacionalismos que nos ocupan desde una doble perspectiva: como fenómeno sociohistórico y como fenómeno jurídico internacional, donde puede entrar en conflicto con los textos constitucionales y entran en liza algunas cuestiones de derechos humanos (véase, la autodeterminación). En segundo lugar, analizaremos su encaje y su relación con la Europa de las Regiones. En definitiva, desde una óptica interdisciplinar proponemos una reflexión que, por caso práctico, nos explica por qué un referéndum no parece posible en España y sí es posible en Escocia al no tener el Reino Unido de Gran Bretaña esos límites constitucionales. También ofrecemos algunas claves sobre la frecuente politización de esta cuestión, incluyendo los intereses económicos de las regiones en su relación con la Unión Europea y la controvertida responsabilidad de los Estados: son los Estados Miembros quienes afrontan eventuales sanciones, por ejemplo, de la Comisión o sentencias desfavorables del Tribunal de Justicia inclusive cuando se deben a decisiones tomadas a nivel regional. En conclusión, la multitud de aristas del tema merece una exposición que sistematice las problemáticas en juego y evite su frecuente politización.

Abstract in italiano

Gli Stati nazione in Europa affrontano attualmente una duplice sfida. L'integrazione europea si è sovrapposta ai movimenti nazionalisti substatali, alcuni con una lunga storia. I due processi hanno contribuito a svuotare la sovranità dei centri tradizionali di potere; verso l'alto, cioè, verso le istituzioni dell'UE, ed verso il basso -enti substatali qualunque sia la loro natura giuridica e il loro nome. L'Europa delle regioni voleva neutralizzare questa contraddizione latente, senza esito nei suo rapporto con i nazionalismi. La presente relazione contestualizza i nazionalismi in Europa, analizza l'evoluzione della loro strategia e se c'è la sufficiente flessibilità preso i sistemi costituzionali europei per

sviluppare l'autodeterminazione interna senza rotture. Perché è stato possibile un referendum in Scozia e non in Catalogna? Se cresce l'autonomia delle regioni, perché gli Stati membri dell'UE sono responsabili di fronte al Tribunale di Giustizia dell'UE a causa di decisioni adottate a un livello regionale? In una prospettiva interdisciplinare, vogliamo dare elementi di valutazione in questo dibattito per evitar l'eccessiva politicizzazione dei problemi.

Abstract in English

Traditional European Nation-States and their constitutional systems face a double challenge. The process of european integration has overlapped with sub-state nationalist movements, some of which have a long history. These two processes have doubly emptied the sovereignty of the usual centres of power: from above, that is towards the european institutions; and from below, to sub-state entities regardless of their legal status and designation. The latent contradiction was intended to be neutralised with the so-called Europe of the Regions, without success in its relation with nationalisms. This communication contextualises nationalisms from an international point of view in order to analyse their different and evolving strategies within the EU. Why a referendum in Scotland is possible but not in Catalunya? Why States continue to be held responsible in front of the European Court of Justice to respond from problematic decisions taken at a regional level? Are the European constitutional systems sufficiently flexible to develop internal self-determination processes? From an interdisciplinary perspective, we offer some key points to avoid the usual politicization of this matter in order to complete the constitutional debate and provide with a broader view.

Introducción

Los viejos Estados-Nación europeos y sus sistemas constitucionales se enfrentan a un doble reto de envergadura. El proceso de integración europea se ha solapado con reivindicaciones nacionalistas a nivel subestatal, algunas de larga duración. Estos dos procesos conducen a un doble vaciado de soberanía de los centros tradicionales de poder: hacia arriba -esto es, a las instituciones europeas, y hacia abajo -o sea, a entidades subestatales (con o sin pulsiones identitarias y dentro de sus diversas denominaciones y formas jurídicas). La contradicción latente ha tratado de neutralizarse con la llamada Europa de las Regiones sin grandes resultados en su relación con los nacionalismos. Nos planteamos hasta qué punto siguen vigentes los Estados-Nación tradicionales que han protagonizado la integración europea y sus sistemas constitucionales y, en qué medida, por su parte, los nacionalismos han evolucionado y han adaptado sus estrategias a una *Europa de las Regiones*.

1.- La autodeterminación como fenómeno socio-histórico y jurídico-internacional

Detrás de nuestra problemática se encuentra el derecho de autodeterminación, cuyo manejo también es importante para los constitucionalistas que desean acercarse a los retos que plantean los nacionalismos en Europa. El concepto nace con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América el 4 de julio de 1776 y se desarrolló jurídicamente en el siglo XIX bajo la forma del *principio de las nacionalidades*. La materialización práctica de este principio fue creando un marco legal para su aplicación: la legitimidad estatal debería de la homogeneidad nacional, con la típica insistencia decimonónica en el medio natural o en aspectos raciales, lingüísticos y religiosos.

Conviene recordar que cualquier constructo legal está íntimamente relacionado con la realidad material o contexto en el que se produce y, por tanto, merece este tema alguna aclaración en términos socio-históricos. En lo sucesivo nos referiremos a los *nuevos nacionalismos* para identificar a los movimientos subestatales que se auto-definen como naciones sin Estado por contraposición a los Estados-Nación de *viejo* cuño dentro de los cuales se encuentran. Puede afirmarse, en rigor, que desde

finales del siglo XIX nacerían insatisfacciones en partes de la población poco identificadas con el proceso nacionalista de aquella época (cuando emergen como tales los principales Estados-Nación que hoy conforman la sociedad internacional). Empezarían a expresar su desacuerdo en términos de particularismos lingüísticos, culturales, sociales y políticos, aunque se terminarían organizando, asentado e institucionalizando a lo largo del siglo XX y, muy particularmente, en su segunda mitad, cuando surgen instrumentos jurídicos más útiles a los propósitos de estos nuevos nacionalismos. En definitiva, los nuevos nacionalismos en busca de un Estado propio tendrían su origen en esas insatisfacciones heredadas de la primera etapa, cuando existían los Estados modernos sobre los que eclosionaron las Naciones del siglo XIX.

Nos interesan esos nacionalismos subestatales de Europa occidental en la segunda mitad del siglo XX y su relación con el proceso de integración europea. Estas reflexiones teóricas sobre el fenómeno socio-histórico son aplicables tanto a los casos clásicos del XIX que dieron lugar a los Estados-Nación como a los nuevos nacionalismos, también llamados periféricos en un esquema centro-periferia que rechazamos por difícilmente generalizable. La complejidad del debate reside en promover un estudio científico del tema sin caer en su frecuente politización, ya sea para denostar o para apoyarlos. En general, asumimos una postura constructivista con matices, al insistir en que no se deben valorar los fenómenos socio-históricos en términos de “autenticidad”, lo que equivaldría a falsear el debate. Bien es cierto que el nacionalismo conlleva una arquitectura política y jurídica artificial (en mera contraposición a *natural*), y en consonancia una construcción identitaria basada en imágenes, conciencias y percepciones; no obstante, la constatación científica de estos procesos de construcción identitaria no es patente de curso para juzgar su autenticidad o, dicho de otro modo, si son procesos plenamente conscientes basados en meros intereses materiales (visión escéptica e instrumentalista) o si son inconscientes y naturales (en una línea primordialista y apologética).

Considerado como fenómeno jurídico, hemos adelantado que el derecho de autodeterminación primero se desarrolla bajo la forma del *principio de las nacionalidades*, que desde fines del XIX hasta mitad del siglo XX siempre exigía un

cierto umbral de viabilidad a los “candidatos” a Estado. Este principio informador es precisamente el responsable de los Estados-Nación que hoy todavía dominan, con los paradigmáticos procesos de unificación italiano y germano a la cabeza, incluyendo al final de la Primera Guerra Mundial la división de dos de los tres grandes imperios compuestos (el otomano y el austro-húngaro). Quedó pendiente el imperio zarista cuya descomposición en *nacionalidades* se pospuso hasta la desmembración de la URSS.

La interpretación posbélica de la autodeterminación por el Presidente Wilson en sus famosos 14 puntos apenas se llevó a cabo salvo en promover soluciones de compromiso fundadas en el incipiente respeto de las minorías sin menoscabo de los intereses de las potencias vencedoras y esto, más intensamente, en detrimento de los antiguos imperios derrotados o en sus colonias con el sistema de mandatos, mas nunca en el interior de dichas potencias vencedoras. En efecto, *“self-determination as a general principle did not form part of the Covenant of the League of Nations and therefore was, for the duration of the League of Nations, a political rather than a legal aspect”* (THÜRER Y BURRI, 2012: párrs. 1-8). La política precede al derecho y, en el marco de la Sociedad de Naciones la aplicación de la autodeterminación mediando el principio de las nacionalidades quedó a expensas de la conveniencia política de llevarla a efecto. Séailles en 1918 expresó claramente que este principio no debía extenderse indiscriminadamente pues pondría en peligro la larga labor de pacificación interna en el seno de los grandes Estados euro-occidentales. Todo eran cautelas y de ahí la insistencia del punto 18: “habrán de satisfacerse todas las reclamaciones nacionales en la medida de lo posible, sin perpetuar viejos litigios o crear nuevas disensiones que pudieran poner en peligro la paz” (BLAS GUERRERO, 1999: 483). A partir de 1919 el problema de los nuevos nacionalismos o naciones sin Estado será central en las Relaciones Internacionales.

En el trazado fronterizo de Versalles, Trianon o Saint-Germain se impusieron compromisos geopolíticos más pragmáticos y se renunció a un encaje perfecto de

nacionalidades (AZCÁRATE, 1998: 49 y 272-308)¹. En un momento de fuerte cinismo y ambigüedad diplomática, el viejo continente se desestabilizaría a pasos forzados a lo que pudo contribuir “la falta de claridad y derroche de ambigüedad” (BLAS GUERRERO, 1984: 56) de Wilson al respecto –tal vez interesadamente. Se había puesto fin, por lo menos, al *derecho de conquista*. La autodeterminación y el principio de las nacionalidades quedaron en el período de entreguerras excluidos o en el rellano de su concreción legal, dependiendo así de la voluntad e interés político y de criterios morales inciertos: “el principio de autodeterminación fue en realidad dejado de lado en todos aquellos casos en que los tratados secretos, los intereses económicos, las reclamaciones históricas y los argumentos estratégicos exigían otra decisión” (OBIETA CHALBAUD, 1985: 29-30).

El sistema de entreguerras, en positivo, aportó un creciente *corpus* jurídico internacional, con fuerza vinculante, en torno a la protección de las minorías bajo el paraguas de la Sociedad de Naciones. Pero el sistema tuvo, en resumen, una característica que lo define en su conjunto: su carácter limitado, tanto por el número de países obligados como por el abanico de derechos reconocidos, alrededor de lo cual han gravitado la mayoría de las críticas que se le han hecho.

El derecho de autodeterminación ha vivido grandes cambios en la segunda mitad del pasado siglo. La reivindicación maximalista lo plantea como un derecho general cuyo titular son los pueblos en un sentido extenso, pero su aplicación sigue siendo muy delicada más allá de supuestos de descolonización, por su contenido y sus titulares, ambos controvertidos. Conviene adoptar la distinción de tres tipos de autodeterminación (CASANOVAS, 2001: 131): una es de orden interno e implica el respeto de los principios democráticos y la posibilidad de los pueblos de desarrollarse libremente participando en la vida política; luego existe una autodeterminación

¹ La “autodeterminación” no aparece, como tal, en ninguno de los tratados de paz suscritos ni en el Convenio de la Liga de las Naciones. La interpretación buscaba sobre todo castigar a los imperios centrales: la región de Moresnet fue cedida a Bélgica sin plebiscito, al mismo tiempo que Alemania fue forzada a renunciar a parte de Prusia. Se recompensó precipitadamente a Polonia con Danzig, mientras Francia y Checoslovaquia vieron avanzar sus fronteras en detrimento de Alemania y del Imperio Austro-húngaro cerrándose el bucle con la prohibición de una unión austro-alemana sin el consentimiento de la Sociedad de Naciones.

externa que es la más divulgada pues contempla la posibilidad de que un Pueblo establezca una entidad política o Estado propio en virtud del principio de las nacionalidades; por último, en la arena política internacional se emplea la autodeterminación para referirse incorrectamente al debido respeto del principio de no intervención.

Desde la Carta de Naciones Unidas (1945) la autodeterminación ya está reflejada en un tratado internacional multilateral, con reconocimiento jurídico expreso aunque todavía impreciso². Más adelante, en la Resolución 1514 (1960) se precisa su contenido y titulares. Se eliminan pretextos y excusas (condiciones de viabilidad) pero con reservas: a) el criticado “*aquatic principle*” en virtud del cual el territorio a emancipar debía estar geográficamente separado y étnico-culturalmente diferenciado del país que los administra (posiblemente por los equilibrios de la Guerra Fría y para excluir los países satélites de la URSS); y b) el *uti possidetis*, en virtud del cual las delimitaciones fronterizas deben coincidir con los Estados anteriores. Por el *uti possidetis*, se dio una contradicción en los nuevos Estados tras la descolonización (MIAJA DE LA MUELA, 1968: 105-122): heredaban las fronteras de la colonia, fosilizadas con la aplicación automática del principio de integridad territorial de tal modo que la titularidad del derecho de autodeterminación pasaba del “pueblo” al nuevo Estado, el cual apelaba luego a esa integridad territorial para ignorar reivindicaciones identitarias disonantes en su propio seno (con trágicas consecuencias en muchos nuevos Estados africanos).

La Resolución 2625 (ONU 1970, Doc. A/RES/2625) mantuvo algunas de estas contradicciones, vinculando siempre el ejercicio de la autodeterminación con el respeto de la integridad territorial, aunque incluyó una “cláusula de salvaguarda” para que la integridad territorial no fuese vía libre a violaciones de derechos humanos y discriminación de minorías admitiendo hipotéticamente una eventual “secesión

² La relaciones amistosas deben basarse en “el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, lo que en cierto modo se completa en el capítulo XII con el Régimen Internacional de Administración Fiduciaria cuyo objetivo último sería la autodeterminación, aunque en un tono de programa político. UNITED NATIONS: Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, Chapter 1 (Purposes and Principles), Arts. 1.2, p.3, New York 1987, UN.

remedio” (GÓMEZ ISA, 2002: 287-297). Ya en 1975, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa reafirmaba que “los Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes” (art. IV). Al mismo tiempo, el enfoque de derechos humanos se fortaleció en 1966 con la firma de los dos grandes Pactos Internacionales³ que refuerzan las perspectivas crecientemente jurídica y de derechos humanos del problema (SALINAS ALCEGA, 2001: 112-113). La autodeterminación deja de ser un resorte político para convertirse en un instrumento eminentemente jurídico que empieza a desbordar los supuestos de descolonización a partir de los años noventa y que, visto en la larga duración, pasa de ser una fuerza centrípeta en el siglo XIX a centrífuga en el siglo XX (TOMUSCHAT, 1993: 1-20).

La casuística en la segunda mitad del siglo XX es variada: las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 y 217 de 1965 contra la declaración unilateral de independencia de Rhodesia del Sur; en 1967-70 el intento de secesión de Biafra de Nigeria; Bangladesh en 1971; y la República Turca del Norte de Chipre, hoy tan sólo reconocida por Turquía, separada de Chipre en 1983 a pesar de la contundente Resolución 541 (1983) del Consejo de Seguridad “deplorando” la declaración unilateral de independencia sin “validez jurídica”. Desde entonces los crecientes desafíos apuntan precisamente a una ampliación progresiva del contenido y de los titulares de la autodeterminación: la descolonización podía no ser el último escenario de las reivindicaciones nacionalistas.

En efecto, los mayores retos se originan con la desmembración de la URSS y de la República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY), cuando la comunidad internacional se esforzó en encontrar justificaciones legales: para Letonia, Lituania y Estonia, habían recuperado su soberanía e integridad territorial violadas en 1940, y para las repúblicas centro-asiáticas se acudió a la figura de la sucesión de Estados

³ Nos referimos al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, ambos de diciembre de 1966. Mucho después, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (25 de junio de 1993) se confirmó que, pese a ser una aspiración colectiva y no individual, constituía un derecho fundamental, sin aclarar si la autodeterminación *interna* o la *externa*.

(BLANC ALTEMIR, 2004: 101-113)⁴. En el caso de la disolución de la RFSY los malabarismos conceptuales persistieron: la irreversibilidad de la disolución y la sucesión de Estados fueron las figuras escogidas, aunque la Comisión Badinter⁵ se enfrentó a sus propias contradicciones (AZNAR-GÓMEZ, 2012: 25-28 y SAURA ESTAPÁ, 1998: 79-119). Casos recientes como la independencia unilateral de Kosovo en 2008⁶ o los casos pactados de Montenegro (2006) y Sudán del Sur (ONU 2011, Doc. A/RES/65/308), si bien muy distintos, generan más dudas o inquietudes en la delimitación práctica de la autodeterminación, es decir, sus supuestos y cauces legales.

A pesar de estos ejemplos problemáticos que consideramos relativamente excepcionales, medio siglo de práctica de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional parecen circunscribir y limitar la autodeterminación a supuestos de descolonización o de graves violaciones de derechos humanos, esto es, alejados de la realidad euro-occidental donde prima el Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los Derechos Humanos. Cabe concluir que el sistema internacional sigue mostrándose reacio a la práctica de la autodeterminación *externa* o de “secesiones remedio”, en la línea doctrinal del Tribunal Supremo de Canadá en su famosa opinión

⁴ La Declaración de la Comunidad Europea de 27 de agosto de 1991 para los países bálticos es buena muestra del escapismo terminológico al evitar el término “reconocimiento” a favor de la expresión “restablecimiento de la soberanía”.

⁵ La irreversibilidad de la disolución de la RFSY y la sucesión de Estados sustanciaron la argumentación de la Comisión Badinter en su Opinión No. 1 para los casos de Croacia y Eslovenia. Sin embargo, en su Opinión No. 2 tuvo que responder a la pregunta de si los serbios de Bosnia-Herzegovina y de Croacia tenían o no derecho a la autodeterminación: entonces se optó por evitar la cuestión de fondo considerándolos minorías nacionales ya protegidas por el Derecho Internacional. Con todo, los serbios en Bosnia-Herzegovina proclamaron la República Srpska sin ningún éxito a la luz de la resolución del Consejo de Seguridad 787 (1992), párr. 3, reafirmando la integridad territorial de Bosnia Herzegovina. Toda la terminología podría estar camuflando situaciones asimilables a secesiones aunque en unas circunstancias excepcionales. Cabe apuntar que la anexión de Crimea por la Federación de Rusia en 2014 ha cambiado de nuevo los equilibrios políticos en los Balcanes.

⁶ La Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo en 2008 provocó reacciones contrapuestas. En la última revisión de este artículo su reconocimiento internacional asciende a 108 Estados aunque no ha sido admitido como Estado-Miembro de las Naciones Unidas a pesar de la (polémica) Opinión Consultiva que emitió la Corte Internacional de Justicia el 22 de julio de 2010, donde afirmaba que la unilateralidad de la independencia no vulneró el Derecho Internacional General, sin entrar a delimitar los supuestos legales que justificarían una secesión al considerarlo fuera de la pregunta planteada por la Asamblea General (Doc. ONU A/64/881, párrafos 79-84).

consultiva.⁷ Los nacionalismos en Europa, por tanto, han desarrollado vías de autodeterminación interna con interesantes interacciones con la integración europea.

2.- Estrategias nacionalistas en la Europa de las Regiones: límites y perspectivas

Tras el final de la Segunda Guerra Mundial se impuso una travesía del desierto de aproximadamente quince años a los diferentes movimientos nacionalistas en Europa, para digerir los crímenes perpetrados en nombre de la raza o la colaboración activa con los nazis de algunos de estos movimientos. Después de quince años de aletargamiento e inactividad, la estrategia de los movimientos nacionalistas en relación con Europa empezó denunciando una suerte de “colonialismo interno”. Esta idea de los años sesenta defendía una igualdad horizontal y vertical como primera piedra hacia una Europa socialista de los Pueblos (LAFON, 1967: 210-250)⁸. La estrategia terminó de concretarse en 1974 con la Carta de Brest que comenzaba reivindicando el derecho de autodeterminación de los pueblos y manifestaba su opresión socioeconómica, política y cultural (CARRERAS, 1998: 19-23)⁹. Ahora bien, el discurso del

⁷ “The International right to self-determination only generates, at best, a rights to external self-determination in the case of former colonies [(1)contexto de la descolonización]; where people are oppressed, as for example under foreign military occupation [ocupación militar, opresión y violaciones de Derechos Humanos]; or where a definable group is denied meaningful opportunities to pursue their political, economic, social and cultural development [o (3) cuando no hay margen de autodeterminación interna]. In all three situations, the peoples in question would be entitled to a right of external self-determination because of having been denied the ability to exert internally their right to self-determination”. Supreme Court of Canada: *Reference Re Secession of Quebec*, August 20, 1998, I.L.M 1998, p. 150.

⁸ La dinámica del análisis es de ida y vuelta: se traslada al mundo colonial la idea de la “traición de la burguesía” y de la intelectualidad, una crítica feroz a las capas mesocráticas de la sociedad colonial, las cuales habrían sido cegadas por un bienestar conformista ilusoriamente fundamentado en el mérito. El viaje de vuelta a Europa llega de la mano de Robert Lafont en el marco del Comité Occitan d’Études et d’Action (1962) donde nace justamente el concepto de “colonialismo interno”, tornaviaje ideológico del nacionalismo argelino hacia las periferias galas. La solidez de la República Francesa se había tambaleado conforme Ben Bella capitalizaba los éxitos del FLN, surgidos de la tirantez de unas relaciones socioeconómicas planteadas en términos coloniales, a la vez que se proyectaba una estrategia transversal e interclasista que tuvo un amplio predicamento entre los nacionalismos subestatales de Francia y de toda Europa meridional. Los pueblos minoritarios de Europa no debían aceptar ser despreciados como una justicia histórica, sino deshacerse de esa suerte de “síndrome de Estocolmo”, si se nos permite la expresión, y denunciar abiertamente el “colonialismo interno” que sufrían. De la obra de Lafon destacamos su último capítulo (*De la révolution regionaliste à l’Europe des Peuples*), porque fue el que tuvo mayor proyección temporal. Más tarde aclararía sus intenciones en otro título revelador, *“Décoloniser en France”* (París, 1970).

⁹ La Carta de Brest fue firmada, entre 1976 y 1977, por los nacionalistas irlandeses (IRM, enlace entre el IRA visible y el Sinn Féin), los galeses (Cymru Goch), los bretones (UDB), sardos (Su Populu Sardu), vascos (del norte y del sur, respectivamente EHAS y HASI) y catalanes (el meridional PSAN-p y la septentrional

colonialismo interno tuvo grandes limitaciones: no todas las regiones con pulsiones nacionalistas eran necesariamente pobres por distribución de recursos, protección social o industria, de tal modo que en esos casos el carácter periférico no era un elemento definidor suficiente. La conclusión, novedosa en términos de teoría política, hacía indisociables nacionalismo y socialismo. De hecho, en este ambiente muchos partidos estatales de corte socialdemócrata añadieron a su discurso el autonomismo o federalismo, reflejándolo elocuentemente en las estructuras federales internas de estos partidos (RUDOLPH Y THOMPSON, 1992)¹⁰.

Solamente pasados los años sesenta y tras haber experimentado sus afinidades anticoloniales, los nuevos nacionalismos centraron más sus esfuerzos en su engarce con la Comunidad Europea. La evolución de los nacionalismos hacia una línea entusiastamente europeísta respondió a dos razones fundamentales: en primer lugar, Europa equivalía (entonces) a obtener recursos, lo que se confirmó posteriormente con la Europa de las Regiones y el Comité de las Regiones (CdR) y, en segundo lugar, Europa significaba vaciar de soberanía los centros tradicionales de poder. Se pueden citar numerosos antecedentes a la *Europa de las Regiones*, algunos muy remotos como el Congreso de las Comunidades y Regiones Europeas (París -1949), o la FUEV (Unión Federalista de los Grupos Étnicos Europeos) que fue la responsable de la mencionada Carta de Brest, y posteriormente la Oficina de las Naciones Europeas No Representadas en Bruselas. El federalismo europeo sería en lo sucesivo motivo de esperanza para los diferentes partidos nacionalistas de Europa occidental, siempre que la federalización fuera bidireccional en un eje vertical, tanto hacia arriba como hacia abajo.

Coincidiendo con la institucionalización del Parlamento Europeo (PE) de cara a sus primeras elecciones directas, asistimos al último hito importante previo al CdR: la fundación de la Alianza Libre Europea (ALE), tras las Declaraciones de Bastia (1979) y

Esquerra Catalana dels Treballadors). El de Carreras es un buen resumen de este primer renacer post-bélico de los nacionalismos europeos, inicialmente gracias a la descolonización, y que incluye estos detalles.

¹⁰ El PSOE español es un buen ejemplo (con precedentes en el autonomismo de la II República), y ocurrió otro tanto en Italia (con el precedente de Gramsci y Salvemini en apoyo del sur italiano), y en Reino Unido con un Partido Laborista a favor de la autonomía escocesa.

Bruselas (1981). Sin embargo, la ALE ha padecido varios problemas estructurales, desde su heterogeneidad interna a nivel ideológico y de peso electoral hasta las fluctuaciones en el número de sus miembros. Estuvo dominada por los flamencos de Volksunie debido a su empuje electoral pero el consolidado partido escocés SNP –con presencia continuada en el PE– y los galeses del Playd Cymru no siempre se integraron en la ALE, sino que protagonizaron idas y venidas que desestabilizaban la organización (LÉVY, 1995: 290-305). Sólo en 1984 se pudo consensuar un verdadero programa común de cuatro puntos para avanzar en la regionalización de Europa, en *pro* de la descentralización institucional, el tercermundismo y el reconocimiento jurídico de las regiones al mismo nivel que los Estados. El ingreso de España en la CEE en 1986 suscitó enorme interés en la ALE, pues vascos y catalanes representaban movimientos sólidos y prometedores¹¹. Este optimismo desfalleció cuando los dos eurodiputados electos de CiU y el único del PNV se vincularon a los grupos democristianos y liberales, deseosos de entrar directamente en contacto con los verdaderos *decision makers* (NAGEL, 1994: 545-569). Pese a las dificultades, el mayor éxito de la ALE vino después de 1989 con 15 eurodiputados y la reincorporación del SNP, de tal modo que en 1992 contó con hasta 24 partidos miembros de la organización.

Pero fue el vuelo de Ícaro: muy pronto la italiana Liga Norte provocó graves disensiones internas por su carácter marcadamente xenófobo y anti-inmigratorio. Fue tal la representación electoral de la Liga Norte que desbancó a Volksunie en el control de la ALE, aunque la tensión se tornó insoportable cuando la Liga Norte decidió entrar en el gobierno italiano de 1994 a cambio de un pacto con Forza Italia y los fascistas de nuevo cuño. El Playd Cymru volvió a salir de la ALE como protesta y la alianza perdía prestigio social y político a todos los niveles. La crisis fue del todo inoportuna: en las elecciones al Parlamento Europeo de 1994 los partidos de la ALE sólo alcanzaron tres eurodiputados (uno de VU y dos del SNP); quedaron sin representación los sardos, aostanos, la lista conjunta ibérica ERC-EA, y las minorías de Peuples et Régions Solidaires capitaneada por el corso Max Simeoni sufrieron también un estrepitoso fracaso al no pactar con los Verdes. La Liga Norte ya había “reventado” la ALE desde

¹¹ El propio PNV y CiU habían participado en el mencionado Acuerdo de Bastia.

dentro para cuando fue suspendida de militancia en la organización en el mismo 1994 (KEATING, 2007: 13-14), si bien el electorado italiano premió a la Liga alzándola en esas mismas elecciones de 1994 con seis europarlamentarios que, desde entonces, se adscribieron a los liberal-demócratas.

A ello se unió la “traición” de los nacionalistas más potentes o mejor situados, como el PNV, CiU, el SVP o el SDLP norirlandés y los vaivenes del SNP, los cuales, sabedores de su posición aventajada, prefirieron optar por negociar con socialdemócratas, liberales o democristianos, muchas veces en correspondencia con las alianzas internas de gobernabilidad dentro de cada Estado. La crisis de la FUEV, de la Oficina de Naciones Europeas No Representadas y de la ALE impusieron una nueva reflexión en torno a la manera en que los nacionalismos sin Estado podían aprovechar las instituciones europeas de acuerdo con sus propósitos (PETSCHEN, 1992: 219-242)¹². A pesar de todo, las primeras experiencias llevaron a los movimientos nacionalistas subestatales a adoptar el europeísmo como un marco de “nuevas estructuras de oportunidades”, a veces en alianza con otras regiones no necesariamente nacionalistas (KEATING, 2007: 11).

Con el impulso de Jacques Delors, entonces Presidente de la Comisión, y el empuje de los *länder* alemanes avanzadilla de la regionalización, se crea finalmente en 1994 el Comité de las Regiones (CdR). Establecido en virtud del capítulo IV (arts. 198A a 198C) del Tratado de Maastricht, en vigor desde el 01 de noviembre de 1993, fue objeto de grandes esperanzas entre las fuerzas nacionalistas subestatales¹³. Los

¹² Cabe mencionar, a modo de coda, algunas iniciativas menores que se sucedieron después de la ALE. Se intentó reeditar el espíritu de la Carta de Brest con ocasión de la Conferencia de Naciones sin Estado de Europa Occidental en 1985 sin gran repercusión. En 1991 el famoso documento *Europa 2000* de la Comisión contemplaba ocho grandes regiones que desbordaban incluso la Europa política al afectar a Suiza y a Austria (todavía no integrada hasta la resolución de la cuestión alemana), pero estas ocho grandes regiones tampoco favorecían los intereses nacionalistas (las Capitales Centrales, el Arco Atlántico, el Arco Alpino, la Diagonal Continental, el Arco del Norte, el Mediterráneo Central, el Mediterráneo Occidental y los Länder del Este). Sucede otro tanto con la Nomenclatura de Unidades Territoriales Estadísticas, que tampoco servían a los intereses nacionalistas, como tampoco la sonada Europa de las Ciudades, ni las iniciativas transfronterizas (sobre todo la Asociación de Regiones Fronterizas Europeas de 1971). Por último, la Asamblea de las Regiones de Europa (1987), último hito ineludible antes de Maastricht, tampoco cosechó mayores éxitos.

¹³ A España correspondieron desde entonces 21 escaños en virtud del art. 198A., que se han repartido a razón de uno por Comunidad Autónoma más cuatro para representantes de Administraciones locales.

artículos 4.2 y 198C establecen la consulta preceptiva, aunque sin carácter vinculante, del CdR por la Comisión y el Consejo en los asuntos previstos por el Tratado de la Unión Europea, es decir, en cinco bloques temáticos: cohesión socioeconómica y fondos FEDER (arts. 130B, 130D y 130E), educación (art. 126.4), cultura (art. 128.5), salud (art. 129.4) e infraestructuras y redes de transportes (arts. 75.3 y 129D).

Aunque el Principio de Subsidiariedad recibe así una plasmación práctica sin precedentes, se dieron cuatro limitaciones fundamentales, aparte de su carácter consultivo (CASTRO RUANO, 2014: 921-922): 1) el Protocolo No. 16 del TUE otorgó una única “estructura organizativa común” a compartir con el Comité Económico y Social, restando autonomía al CdR; 2) su propia naturaleza jurídica, al ser un órgano consultivo y no una “Institución” como tal; 3) se confundieron la política del tercer nivel con el cuarto nivel dado que se incluyeron en el CdR a los entes locales y municipales; y 4) el escaso impacto sobre las propuestas legislativas, pues el CdR interviene en un momento avanzado de las mismas y casi sin capacidad de influencia sobre la agenda política.

Estos límites persistieron a la vez que el techo de cristal parecía elevarse ligeramente con las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam (1997), que especificó o detalló otras cinco áreas temáticas en diverso artículos que prevén consultar al CdR: empleo y políticas sociales, formación profesional, transportes y medio ambiente. Particularmente reseñable es la supresión del Protocolo No. 16 con lo que el CdR aprobaría su propio Reglamento y contaría con una estructura propia.

Uno de los puntos más atractivos en este marco fueron los fondos FEDER, siempre golosos: nuevamente, el espíritu de cooperación económica se impuso a una posible vertiente política, como la recurrente “cohesión” viene a subrayar. El CdR devino en una amalgama políticamente muy diversa cuyos límites señalados obstaculizaron su instrumentalización en términos nacionalistas. Los nacionalismos subestatales más consolidados encuentran dificultades en capitalizar políticamente los avances materiales derivados del CdR, en tanto fortalecía sobre todo a la propia Comunidad Europea facilitando su cohesión territorial a través del incremento de la

igualdad vertical y horizontal, además de mejorar su imagen compensando formalmente alguna de sus carencias democráticas en el tercer nivel.

Con el Tratado de Lisboa (2007) el CdR sigue sin ser reconocido como una Institución de la Unión¹⁴ si bien da un significativo paso adelante con su recién estrenada capacidad de recurrir al TJUE conforme al art. 8 del Protocolo No. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ahora bien, las competencias del CdR no se ven significativamente ampliadas en cuanto a consulta preceptiva (salvo por detalles o subdivisiones de áreas temáticas ya reconocidas). Es innegable la importancia creciente de la subsidiariedad, pero lo cierto es que el reconocimiento al autogobierno regional del art. 4.2 del TUE se ve *ipso facto* matizado, en el mismo artículo, con el respeto de las “funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial”. En este contexto cabe decir que la *Europa de las Regiones* despertó el entusiasmo de los movimientos nacionalistas por su eventual politización, pero se ha impuesto una tecnificación del CdR y sus funciones –aun estando constituido por cargos políticos– hasta convertirse sobre todo en una “Europa CON las regiones” (CASTRO RUANO, 2014: 927).

Las regiones con conciencia de nación han apostado por la regionalización pero no han podido reconducirlo hacia sus intereses. Se ha vuelto cada vez más evidente, sobre todo con la gestión de la actual crisis económico-financiera en la UE, en qué medida los actores más significativos en la (imperfecta) toma de decisiones son todavía los tradicionales Estados-Nación. Sigue siendo relativamente válida la temprana valoración hecha por Santiago Petschen en 1992: “El nacionalismo, hoy, en el marco de una unión de integración como la europea, no se plantea con el objetivo de establecer nuevas fronteras sino en una lucha gradual por conseguir más y más competencias” (PETSCHEN, 1992: 259).

¹⁴ El CdR iba a conseguir tal reconocimiento en 2004 con el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, fracasado con los referendos de 2005 en Francia y Países Bajos.

3.- Algunas observaciones finales

El proyecto de integración europea ha terminado representando una garantía de tres elementos esenciales: a) estabilidad política; b) seguridad jurídica; y c) bienestar socioeconómico (incluso hoy pese a la crisis). En la medida en que la UE ha representado una garantía de estos tres elementos, ha sido más fácil hallar un punto de equilibrio entre los movimientos nacionalistas, los Estados Miembros y la propia UE. Buena muestra de ello es la práctica de las fuerzas políticas nacionalistas en el PE desde 1979, como hemos visto, así como el papel limitado del CdR desde el Tratado de Maastricht (1993), reforzado en Ámsterdam (1997) y profundizado sin duda en Lisboa una década después, aunque siempre desde una óptica predominantemente funcionalista y burocrática, poco afín a inclinaciones federalistas ni nacionalistas.

De este modo, en este marco del Consejo de Europa y la UE, con lo que implican de profunda cooperación política y jurídica, se había alcanzado la confianza de que las pulsiones nacionalistas se relajarían en virtud de sistemas constitucionales lo suficientemente *flexibles*, por retomar la clásica terminología de Lord James Bryce. Sistemas constitucionales suficientemente flexibles y capaces de alargar sin fin o eternizar la autodeterminación interna, dotando además de recursos y desarrollo económico a las regiones. Las reivindicaciones nacionalistas se prolongarían así *sine die*.

Debemos también recalcar que las vías de autodeterminación *interna* no son una farsa inefectiva. Precisamente, su carácter plenamente real nos lleva a constatar que no es tampoco un camino de rosas. Baste el ejemplo de las decisiones tomadas a nivel regional y la responsabilidad última del Estado Miembro frente a la Comisión y el TJUE en caso de incumplimiento del derecho de la Unión, en muchos casos con consecuencias económicas nada desdeñables. Un ejemplo reciente y de resonancia en los medios ha sido la sentencia del TJUE en virtud de la cual la inversión del gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia en la llamada “Ciudad de la Luz” de Alicante son consideradas ayudas de Estado ilegales obligando a la devolución de 265 millones

de euros¹⁵. En el mismo ámbito del régimen europeo de ayudas de Estado, las denominadas “vacaciones fiscales” vascas de los años noventa son un punto de origen de esta problemática, con una pléyade de decisiones en contra de la Comisión que abrió un largo procedimiento de infracción hasta que la Gran Sala ha condenado al Estado con una multa a tanto alzado de 30 millones de euros¹⁶. Este caso paradigmático es la punta del iceberg: España lidera la lista de países con casos de ayudas públicas ilegales pendientes de restitución (PÉREZ BERNABEU, 2014: 34), poniendo así de manifiesto las disfunciones del complejo reparto competencial previsto en la Constitución. Una jurisprudencia bien consolidada del TJUE indica el derecho de la UE impone obligaciones “a “todas las autoridades de los Estados Miembros” (STJ *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, caso C-91/92, párrafo 26; STJ *Von Colson y Kamann*, de 10 de abril de 1984, caso 14/83, párr. 26). Los Estados Miembros son perfectamente libres de escoger su organización política interna, mas no ampararse en la misma para eludir el cumplimiento del derecho europeo y, en caso de incumplimiento, la responsabilidad recaerá sobre el Estado (STJ *Com. c. Países Bajos*, de 25 de mayo de 1982, casos 96/81, p.1804, párr. 12¹⁷; en la misma línea los asuntos 68¹⁸ a 73/81 de 2 de febrero de 1982). La repercusión en España de la responsabilidad hacia las CCAA se ha regulado por fin con el RD 515/2013, de 5 de julio, muy tardío respecto de países como Alemania, Bélgica o Italia y el legislador podía haber sido más dialogante (ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, 2013). Pese a algunos aspectos discutibles¹⁹, por fin se repercuten las

¹⁵ Sentencia del TJUE (Sala Séptima), de 3 de julio de 2014, asuntos acumulados T-319/12 y T321/12.

¹⁶ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, asunto C-184/11, que siguió al recurso del Reino de España a la sentencia anterior (Sala Segunda), de 14 de diciembre de 2006, Comisión c. España, asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03.

¹⁷ << It is true that each Member State is free to delegate powers to its domestic authorities as it considers fit to implement the directive by means of measures adopted by regional or local authorities. That does not however release it from the obligation to give effect to the provisions of the directive [...].>>

¹⁸ << In particular, compliance with the provisions of the Treaty or secondary Community law cannot depend on difficulties encountered in the alteration of the distribution of powers between central government and the regional or local authorities. There is an infringement of the Treaty by a Member State whatever the institution of the State whose acts and omissions have led to the failure to perform the obligation>> (Asunto 68/81, pp. 155-156).

¹⁹ Entendemos que este Real Decreto constituye un paso positivo, aunque algunos aspectos sean discutibles, por ejemplo, su carácter retroactivo conforme a su Disposición Transitoria única o el hecho de que los mecanismos de exacción lleguen a contemplar en último término cualquier cantidad que deba satisfacer el Estado a la Administración en entidad responsable “por cualquier concepto

responsabilidades por decisiones tomadas a nivel regional frente a la responsabilidad del Estado a nivel europeo, de tal modo que todas las administraciones se impliquen diligentemente en el respeto del derecho de la UE.

Baste este ejemplo para mostrar hasta qué punto las vías de autodeterminación interna en Europa son plenamente reales, con sus virtudes y defectos. En cualquier caso parecía que, gracias a la integración europea, los nacionalismos subestatales ya no buscaban crear nuevas fronteras, sino una lucha gradual por obtener más y más competencias y recursos. Estos equilibrios pueden cambiar o volverse precarios con la crisis actual aunque es temprano para valorarlo. Lo cierto es que se ha vuelto un equilibrio inestable. Aun siendo pronto para saber si estamos ante un verdadero cambio de escenario, empezamos a contar con algunos precedentes problemáticos: la implosión de la URSS y la autodeterminación de las ex-repúblicas soviéticas; la desmembración violenta de la RFSY con su último episodio en Kosovo (2008), el referéndum en Escocia (donde finalmente se rechazó la independencia), y la cuestión catalana, políticamente muy fluida y volátil (estamos pendientes de saber si realmente se buscan unas nuevas fronteras o si un Pacto Fiscal similar a los fueros vasco y navarro bastaría para volver a aplazar las reivindicaciones).

De ser un verdadero cambio de escenario, no podemos desligarlo de la grave crisis económica e institucional de los Estados Miembros y de la propia UE, cuyo atractivo vive horas bajas. No obstante, en el momento de cerrar este artículo nos parece todavía precipitado plantear que las vías de autodeterminación interna institucionalizadas en Europa se hayan agotado o que la flexibilidad constitucional de los Estados Miembros ya no sea suficiente. Cabe plantearse, en rigor, la cuestión de si los Estados-Nación se están reinventando, mutando hacia alguna nueva fórmula todavía desconocida (LOUGHLIN, 1994: 47-50). Qué duda cabe de que, cualitativamente, poco tienen que ver los Estados-Nación actuales con los de la década de 1940 y que, en esta evolución, han tenido su papel los nacionalismos subestatales, el proyecto

presupuestario y no presupuestario" (art. 17.1) pese a que las CCAA asumen muchos servicios públicos esenciales. Por último, la elección de un procedimiento administrativo donde aspectos quedan a expensas de un relativo margen de discrecionalidad puede generar problemas en cuanto a su revisión judicial.

europeo dominado por la tecnocracia económica de los funcionalistas (aunque sin negar puntualmente la influencia de federalistas y regionalistas), así como la globalización y todo un abanico de otros retos surgidos en el mundo actual.

Referencias Bibliográficas

Monografías, contribuciones a obras colectivas y artículos de revista

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P.: “Comunidades Autónomas y repercusión económica *ad intra* de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, No. 47 (2013), pp. 40-60.

AZCÁRATE, P.: *Minorías nacionales y derechos humanos*, Madrid 1998, Universidad Carlos III y Congreso de los Diputados, p. 49 (introducción de Núñez Seixas) y pp. 272-308

AZNAR GÓMEZ, M.J.: “The Extinction of States” in RIETER, E. y VAELE, H. de (Eds.): *Evolving Principles of International Law, Studies in honour of K.C. Wellens*, Leiden-Boston 2012, Martinus Nijhoff Ed., pp. 25-51, en pp. 25-28.

BLANC ALTEMIR, A.: *La herencia soviética: la comunidad de Estados independientes y los problemas sucesorios*, Madrid 2004, Ed. Tecnos, pp. 101-113.

BLAS GUERRERO, A. (Dir.): *Enciclopedia del nacionalismo*, Madrid 1999, Alianza Ed., p. 483.

Id.: *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Madrid 1984, Espasa Calpe, p. 56.

CARRERAS, J.J.: “De la compañía a la soledad: el entorno europeo de los nacionalismos peninsulares”, in FORCADELL, C. (Ed.): *Nacionalismo e historia*, Zaragoza 1998, Institución Fernando el Católico (CSIC) y Excm. Diputación de Zaragoza, pp. 7-27, en pp. 19-23.

CASANOVAS, O.: *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haya 2001, Martinus Nijhoff Publishers, p.131.

CASTRO RUANO, J.L. de: “El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario: hacia una redefinición de su papel político e institucional en busca de su lugar en el mundo comunitario”, en *Revista de Derecho Comunitario*, Vol. 18 No. 49 (2014), pp. 917-941, en pp. 921-922 y 927.

GÓMEZ ISA, F.: “El derecho de autodeterminación en el derecho internacional contemporáneo”, in ETXEBARRIA MAULEÓN, X. [et al.]: *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Vitoria Gasteiz 2002, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, pp. 287-297.

KEATING, M.: “La integración europea y la cuestión de las nacionalidades”, in *Revista Española de Ciencia Política*, No. 16 (Abril 2007), pp. 9-35, en pp. 13-14.

LAFON, R.: *La révolution régionaliste*, Paris 1967, Ed. Gallimard, pp. 210-250.

LÉVY, R.: “Finding a Place in the World Economy –Party Strategy and Party Vote: The regionalisation of SNP and Playd Cymru support, 1979-1992”, in *Political Geography*, Vol. 14 No. 3 (1995), pp. 295-308.

LOUGHLIN, J.: “Federalismo, regionalismo y Unión Europea”, in LOUGHLIN, J., ARENILLA, M. y TOONEN, T. (Eds.): *La Europa de las Regiones; una perspectiva intergubernamental*, Granada 1994, Universidad de Granada, pp. 47-50.

MIAJA DE LA MUELA, A.: *La emancipación de los pueblos coloniales y el Derecho Internacional*, Madrid 1968, Ed. Tecnos, pp. 105-122.

NAGEL, K.J.: “The Stateless Nations of Western Europe and the Process of European Integration. The Catalan Case”, en BERAMENDI, J.C., MAÍZ, R. y NÚÑEZ SEIXAS, X.M. (Eds.): *Nationalisms in Europe, Past and Present: Actas do Congreso Internacional os nacionalismos en Europa pasado e presente* (27-29 de septiembre de 1993), Santiago de Compostela 1994, Universidad de Santiago, pp. 545-569.

OBIETA CHALBAUD, J.A. de: *El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos*, Madrid 1985, Ed. Tecnos, pp. 29-30.

PÉREZ BERNABEU, B.: “El incumplimiento de la obligación de recuperación de Ayudas de Estado de carácter fiscal: análisis de la imposición a España de una multa a tanto alzado (sentencia TJUE de 13 de mayo de 2014, Asunto C-184/11), en *Crónica Tributaria – Boletín de Actualidad*, No. 3 (2014), Instituto de Estudios Fiscales, pp. 29-35, en p. 34.

PETSCHEN, S.: *La Europa de las Regiones*, Barcelona 1992, Generalitat de Catalunya – Institut d’Estudis Autonòmics, pp. 219-242.

RUDOLPH, J.R. y THOMPSON, R.J.: *Política etnoterritorial: desafíos en las democracias occidentales*, Barcelona 1992, Ed. Pomares-Corredor.

SALINAS ALCEGA: *El derecho internacional y algunos de sus contrastes en el cambio de milenio*, Zaragoza 2001, Real Instituto de Estudios Europeos, pp. 112-113.

SAURA ESTAPÁ, J.: *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Madrid 1998, Marcial Pons, pp. 79-119.

TOMUSCHAT, C.: “Self-determination in a post-colonial world”, in TOMUSCHAT, C. (Ed.): *Modern Law and Self Determination*, The Netherlands 1993, Martinus Nijhoff Ed., pp. 1-20.

THÜRER, D. y BURRI, T.: “Self-Determination”, en *Max Planck Enciclopedia of Public International Law*, párrafos 1 a 8 y párrs.18 a 23, en www.mpepil.com

Práctica del sistema de las Naciones Unidas (por orden de cita)

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, arts. 1 y 2.

Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, A/RES/1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, párr. 2 a 4.

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, A/RES/2625 (XXV) de

24 de octubre de 1970, *vid.* “El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”.

Resoluciones 216 y 217 del Consejo de Seguridad, de 12 y 20 de noviembre de 1965 respectivamente, sobre las cuestiones relativas a la situación en Rhodesia del Sur, S/RES/216 (1965) y S/RES/217 (1965).

Resolución 541 del Consejo de Seguridad, de 18 de noviembre de 1983, sobre Chipre S/RES/541 (1983), párr. 1 y 2.

Resolución 787 del Consejo de Seguridad, de 16 de noviembre de 1992 sobre Bosnia Herzegovina S/RES/787 (1992), párr. 3.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, *conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, Doc. ONU A/64/881, párr. 79-84.

Resolución A/RES/65/308, de la Asamblea General, de 14 de julio de 2011 “Admisión de la República de Sudán del Sur como Miembro de las Naciones Unidas”.

Tratados de la CE/UE

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial de la Unión Europea L 191*, 29 de julio de 1992. Cap. IV (arts. 198A a 198C) y arts. 4.2, 130B, 130D, 130E, 126.4, 128.5, 129.4, 75.3, 129D y Protocolo adicional No. 16.

Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, *Diario Oficial de la Unión Europea C 340* de 10 de noviembre de 1997.

Tratado de la Unión Europea firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa, DOUE 2010- C 83/01 de 30 de marzo de 2010 (versión consolidada), art. 4.2 y art. 8 del Protocolo No. 2.

Jurisprudencia del TJUE

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Reino de España, Ciudad de la Luz S.A.U. y Sociedad Proyectos Temáticos de la Comunidad Valenciana c. Comisión Europea*, asuntos acumulados T-319/12 y T321/12, de 3 de julio de 2014.

STJUE (Gran Sala), *Comisión c. Reino de España*, asunto C-184/11, de 13 de mayo de 2014.

STJ, *Faccini Dori* caso C-91/92, de 14 de julio de 1994, párr. 26.

STJ *Von Colson y Kamann*, caso 14/83 de 10 de abril de 1984, párr. 26

STJ, *Comisión c. Países Bajos*, caso 96/81 de 25 de mayo de 1982, p.1804, párr. 12.

STJ, *Comisión c. Bélgica*, caso 68/81 de 2 de febrero de 1982, pp. 155-156.

Otras fuentes primarias

TRIBUNAL SUPREMO DE CANADÁ: *Reference Re. Secession of Quebec* [opinión consultiva], August 20, 1998, I.L.M. 1998, p. 150

Real Decreto 515/2013 de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, BOE No. 161 de 06 de julio de 2013, pp. 50508 a 50519.

LE ISTANZE INDIPENDENTISTE NELL'UNIONE EUROPEA

Tanja Cerruti
Università di Torino

Sommario:

- 1.- Il risveglio di moti secessionisti in Europa.
- 2.- La definizione dei rapporti fra l'Unione europea e gli Stati risultanti dalla disgregazione di un suo Stato membro.
- 3.- La rappresentanza degli Stati e dei cittadini nell'Unione europea.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

LE ISTANZE INDIPENDENTISTE NELL'UNIONE EUROPEA

Nei mesi scorsi l'Unione europea ha assistito alla riproposizione di istanze autonomistiche più o meno forti in alcuni suoi Stati membri.

A prescindere però dall'esito delle iniziative indipendentistiche, la loro manifestazione induce a riflettere sull'impatto che la disgregazione di uno Stato membro produrrebbe rispetto all'Unione europea.

Posto che i Trattati istitutivi dell'UE garantiscono agli Stati membri la piena autonomia nelle scelte concernenti la loro forma di stato e di governo, è evidente che un fenomeno secessionista non riguarderebbe solo l'organizzazione territoriale degli Stati membri, ma gli Stati membri stessi che, per effetto della perdita di una parte del loro territorio, dovrebbero ridefinire anche alcuni aspetti relativi alla loro *membership* dell'Unione.

Fra le molteplici questioni problematiche che ne deriverebbero, due costituiranno qui oggetto di riflessione: la ridefinizione dei rapporti fra l'Unione europea e i (nuovi?) Paesi che dovessero sorgere per effetto della disgregazione di un suo Stato membro e la necessità di assicurare a tutte le componenti dell'Unione e, soprattutto, ai suoi cittadini, una pari rappresentanza.

In riferimento alla prima questione, l'attenzione si soffermerà in particolare sulle due alternative attualmente prospettate in dottrina e riconducibili agli artt. 48 e 49 TUE, mettendone in luce i profili di forza e quelli di criticità. In riferimento alla seconda, si cercherà di sottolineare, pur nella consapevolezza della delicatezza degli equilibri coinvolti, l'esigenza di rivedere alcuni di quei meccanismi rappresentativi degli Stati membri che potrebbero incentivare talune realtà territoriali europee, già spinte da motivi autoctoni, a perseverare nella ricerca dell'indipendenza anche nella prospettiva di ottenere un maggiore "peso" in Europa.

Resumen en español

LAS PETICIONES INDIPENDENTISTAS EN LA UNION EUROPEA

En los últimos meses la Union Europea ha revivido peticiones atonomistas más o menos fuertes en algunos de sus Estados miembros.

Al margen del éxito o no de las iniciativas independentistas, sus manifestaciones llevan a reflexionar sobre el impacto que la disgregación de un Estado miembro tendría para la Unión Europea.

Puesto que los Tratados de la UE garantizan a los Estados miembros la autonomía total en la elección de sus formas de estado y de gobierno, está claro que un fenómeno secesionista no únicamente afectaría a la organización territorial de los Estados miembros, sino también a algunos aspectos relativos a su pertenencia a la Unión por el hecho de haber perdido una parte de su territorio.

Entre la multitud de cuestiones que se derivarían, dos constituyen aquí objeto de reflexión: la redefinición de las relaciones entre la Unión Europea y los (nuevos?) Países que aparecerían por el efecto de la disgregación de un Estado miembro y dos, la necesidad de asegurar a todos los componentes de la Unión, y sobre todo a sus ciudadanos, una representación equitativa.

Respecto a la primera cuestión, la atención se focaliza en particular en dos alternativas actualmente analizadas en Doctrina y concretamente los artículos 48 y 49 TUE, destacando los puntos de fuerza y criticidad.

En relación a la segunda cuestión, se intentará destacar, incluso siendo conscientes de los distintos equilibrios a realizar, la exigencia de revisar algunos de los mecanismos de representación de los Estados miembros que podrían incentivar a algunas de las realidades territoriales europeas, ya alentadas por motivos autóctonos, a continuar en la búsqueda de la independencia incluso con la perspectiva de obtener un mayor 'peso' en Europa.

Abstract in English

INDEPENDENCE CLAIMS IN THE EUROPEAN UNION

Over the last months the European Union has had to deal with a new wave of independence claims in some of its Member States.

Regardless the exit of the independence initiatives, their proposition itself leads to some considerations about the impact that the break-up of one member State should cause against the European Union.

Provided that European Treaties leave up to the Member States all the decisions related to their internal organization and system of government, it is obvious that a secessionist phenomenon wouldn't pertain only the territorial organization of the Member States, but the Member States themselves which, in case of loss of one part of their territory, should redefine some aspects of the Union membership.

This paper will deal with two of the issues arising from such situation: the redefinition of the relations between the EU and the Countries deriving from the break-up of a Member State and the need to ensure to all the components of the Union, specially to its citizens, an equal representation.

With regard to the first issue, the paper will focus on the two possibilities actually proposed by the doctrine, founded respectively on art. 48 and on art. 49 TUE, underlining the strengths and the weaknesses of both.

With regard to the second issue, although considering the fragility of the balances involved, the paper will uphold the necessity of partially reconsidering the current representation mechanisms that could boost the independence claims of some territorial entities, already moved by "native" reasons, with the aim to gain a greater "weight" in Europe.

1.- Il risveglio di moti secessionisti in Europa.

Nei mesi scorsi l'Unione europea ha assistito alla riproposizione di istanze autonomistiche più o meno forti in alcuni suoi Stati membri.

Scampato il rischio della secessione della Scozia dal Regno Unito, che s'interroga intanto sul suo destino europeo, il vecchio continente è rimasto nella trepidante attesa di conoscere gli esiti della consultazione popolare indetta dalla Catalogna per il nove di novembre, nella quale gli elettori della Regione avrebbero dovuto esprimere la loro volontà sul fatto che la Catalogna fosse uno Stato e, in caso affermativo, che fosse indipendente. L'indizione del referendum ha costituito uno dei momenti di più alta tensione nei rapporti fra Madrid e Barcellona dopo l'incrinatura originata negli stessi, nel 2010, dalla bocciatura dello Statuto catalano da parte del *Tribunal constitucional* (FAMIGLIETTI, 2013: 436-437; VAGLI, 2014). A meno di un mese dalla sua celebrazione, probabilmente anche a fronte delle reazioni degli organi centrali, il referendum catalano, così come originariamente previsto, è stato annullato. Gli elettori sono stati comunque chiamati a pronunciarsi sui due quesiti che ne costituivano oggetto, ma a titolo puramente consultivo. L'esito della votazione è andato nel senso di una schiacciante vittoria della soluzione più forte, cioè dell'opzione dello Stato catalano indipendente (BILANCIA, 2014; GALÁN GALÁN, 2014).

Accostando inevitabilmente le vicende di Scozia e Catalogna e sottolineando la comune rivendicazione di un destino europeo da parte di entrambe le Regioni, la dottrina non ha mancato di mettere in luce la sostanziale diversità fra le due esperienze nel contesto istituzionale dei rispettivi ordinamenti, dal momento che le scelte scozzesi derivano da un processo di concertazione, mentre quelle catalane segnano una rottura (MASTROMARINO, 2014; sulla Scozia, CARVALE, 2014: 13-18; LEYLAND, 2014: 857-859)¹.

Pur su un piano istituzionalmente diverso, anche l'Italia sta assistendo alla manifestazione d'istanze autonomiste.

¹ FROSINA ricorda che il tema del futuro europeo della Catalogna indipendente viene contemplato da uno dei sei pareri pubblicati dal Consiglio di transizione nazionale (2014: 15).

Nel mese di giugno dello scorso anno, infatti, facendo seguito ad altre iniziative², il Consiglio regionale del Veneto ha adottato due leggi che prevedono la consultazione dei cittadini, attraverso referendum, sull'opportunità che la Regione ottenga maggiori forme di autonomia (legge n. 15) e che diventi indipendente (legge n. 16).

In particolare, il referendum consultivo disposto dalla legge 15 comprende cinque quesiti concernenti il godimento, da parte della Regione, di ulteriori forme e condizioni di autonomia (1); la possibilità di mantenere nel proprio territorio una certa percentuale dei tributi che vengono pagati dai cittadini veneti all'amministrazione centrale o che vi vengono riscossi (2 e 3); l'assenza di vincoli di destinazione sul gettito derivante da fonti di finanziamento della Regione (4); la trasformazione del Veneto in Regione a Statuto speciale (5).

L'indizione del referendum deve avvenire previa ricerca dell'accordo con il Governo ma non può essere impedita dal mancato raggiungimento dello stesso. Nel caso in cui alla consultazione prenda parte la maggioranza degli aventi diritto e si raggiunga la maggioranza dei voti validamente espressi, il Consiglio, in accordo con il Presidente della Regione, presenta una proposta di legge statale volta al conseguimento di maggiori forme di autonomia per il Veneto.

Pur sintomatica della volontà di allentare alcuni legami con il resto dello Stato la legge 15 non si pone in un'ottica di rottura con Esso. Di diverso tenore è invece la successiva legge 16 che prevede l'indizione di un referendum consultivo sul quesito: "Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o no?",

² Il riferimento è alla Deliberazione n. 145/2012 con la quale il Consiglio regionale, accogliendo la Risoluzione n. 44/2012, impegnava il Presidente del Consiglio e quello della Giunta ad avviare al più presto delle relazioni con l'Unione europea e le Nazioni Unite per consentire l'indizione di un referendum volto ad accertare la volontà del popolo veneto sulla propria autodeterminazione. Nel marzo del 2014 si è svolta in Veneto una consultazione telematica che avrebbe accordato l'80% dei sì alla domanda sulla trasformazione della Regione in una Repubblica federale indipendente e sovrana. Sul referendum v. *amplius* www.plebiscito.eu. Sulle perplessità suscitate dalla sua conduzione e sul valore che vi si può attribuire TRABUCCO, 2014. Con riferimento ad un'altra realtà italiana, il Sudtirolo, Bocci s'interroga sull'utilizzo di temi nazionalistici identitari come elemento di separazione in un'Europa unita (2011).

l'approvazione della cui proposta è di nuovo determinata dal raggiungimento dei due quorum.

Entrambe le disposizioni, oltre a risultare in parziale contraddizione fra loro, presentano evidenti profili d'illegittimità costituzionale.

Per la legge 15, il primo quesito, concernente l'ottenimento di maggiori forme di autonomia, delineerebbe un quadro apparentemente compatibile con la Costituzione italiana solo se il referendum regionale ivi previsto venisse inteso come la fase prodromica, di carattere consultivo, di quell'iniziativa regionale cui fa riferimento la Carta fondamentale prevedendo il procedimento che porta al regionalismo differenziato (art. 116, c. 3). La compatibilità però sembrerebbe venire meno in quanto l'art. 116 contempla la possibilità di richiedere maggiori forme di autonomia non *tout court*, ma solo per alcune materie di competenza legislativa esclusiva statale o per quelle di competenza concorrente.

In riferimento alla possibilità che il Veneto diventi una Regione speciale è evidente che tale trasformazione potrebbe essere disposta solo da una legge di revisione costituzionale (e dalla conseguente approvazione dello Statuto regionale con legge costituzionale). In proposito, non risulterebbe però conforme alla Costituzione neanche l'interpretazione che veda nel referendum una fase consultiva finalizzata al successivo esercizio dell'iniziativa da parte degli organi regionali, dal momento che la Corte costituzionale ha già escluso la proponibilità, da parte delle Regioni, di referendum, anche se di carattere consultivo, su quesiti concernenti "scelte fondamentali di livello costituzionale" (Corte cost. sent. 496/2000; TRABUCCO, 2014: 4; CAPPUCIO, 2014: 12).

In più evidente rottura con il quadro costituzionale si pone la legge n. 16, che si scontra innanzitutto con il principio di unitarietà della Repubblica di cui all'art. 5.

I profili d'incostituzionalità delle due disposizioni sono stati prontamente colti dal Governo (che ha impugnato la legge 15 per la violazione degli artt. 3, 5, 116, 117,

119, 138 Cost. e degli artt. 26 e 27 dello Statuto veneto³ e la legge 16 per la violazione degli artt. 5, 81 c. 3, 114, 138, 139 Cost.⁴) e parzialmente condivisi dalla Corte costituzionale, che si è pronunciata di recente (sent. 118/2015).

La legge n. 16 è stata infatti dichiarata integralmente incostituzionale per violazione dell'art. 5 Cost. mentre della n. 15 è stato, forse inaspettatamente, fatto salvo il primo quesito, relativo alle maggiori forme e condizioni di autonomia. La Consulta ha infatti ritenuto che tale disposizione, riproducendo il testo dell'art. 116, c. 3, debba essere interpretata nel senso che le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" si possano applicare solo alle materie previste da tale disposizione. Il referendum non viola l'art. 116 c. 3 neanche dal punto di vista procedurale, in quanto viene a collocarsi "in una fase anteriore ed esterna" rispetto all'iter ivi previsto, che si potrà svolgere inalterato dopo la sua celebrazione. Gli altri quattro quesiti proposti (tre sui profili finanziari e uno sulla trasformazione del Veneto in regione a Statuto speciale) vengono invece dichiarati incostituzionali in quanto concernono ambiti materiali che lo Statuto regionale sottrae alla consultazione popolare, violando così l'art. 123 Cost.

Data la vittoria del no ad Edimburgo, la rinuncia al referendum "istituzionale" di Barcellona e la declaratoria d'incostituzionalità della legge veneta n. 16/2014 (che inibisce definitivamente un'ulteriore evoluzione del già incerto quadro che ne emergeva), il rischio di secessioni sembra per ora scongiurato ma lo scenario che si sarebbe creato, se gli eventi avessero preso una piega diversa, induce a riflettere sull'impatto che la disgregazione di uno Stato membro potrebbe produrre rispetto all'Unione europea.

In proposito occorre innanzitutto rilevare che Bruxelles non ha dimostrato un grande coinvolgimento nelle vicende sopracitate.

³ Gli articoli 25-27 dello Statuto della Regione Veneto disciplinano, rispettivamente, il referendum in generale, quello abrogativo e quello consultivo e i limiti cui sono sottoposti. Sulla violazione dei limiti imposti dallo Statuto da parte della legge 16 v. anche FERRAIUOLO (2014: 704). Riteneva invece che la proposta delle due consultazioni abbia più un ruolo di campagna elettorale per le prossime elezioni regionali che di confronto con Roma CLEMENTI (2014).

⁴ Le leggi regionali del Veneto n. 15 del 19.6.2014 e n. 16 del 19.6.2014 sono state impugnate con ricorsi iscritti rispettivamente ai n. 67 e 68 del Registro Ricorsi 2014. Sulle sostanziali differenze fra la vicenda veneta e quella catalana ABAT i NINET (2014: 46).

In una certa misura, questo atteggiamento trova conferma nei Trattati, secondo i quali l'Unione europea è tenuta a non intromettersi nelle questioni relative all'organizzazione territoriale dei suoi Stati membri. Garantendo che "l'Unione rispetta l'eguaglianza dei suoi Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale", l'art. 4 c. 2 TUE precisa infatti che in questa è "compreso il sistema delle autonomie locali e regionali"⁵.

Altrettanto vero, però, è che l'UE da tempo esercita un condizionamento più o meno implicito sull'organizzazione territoriale infrastatale, favorendo l'introduzione o l'accentuazione di forme di decentramento nei suoi Stati membri e richiedendola come una sorta di parametro non codificato ai Paesi candidati⁶. Si pensi, in proposito, sia alla spinta europea nei confronti dei processi di decentramento che si sono sviluppati in alcuni Stati membri nella seconda metà degli anni 90, sia all'attenzione che è stata posta sull'assetto territoriale degli aspiranti componenti nella preparazione del quinto allargamento.

Se avessero avuto esiti diversi, le vicende scozzese e catalana non avrebbero però riguardato solo il carattere più o meno accentrato degli Stati membri, ma gli Stati membri stessi, che, per effetto della secessione di una parte del loro territorio, sarebbero risultati in qualche modo "diversi" da com'erano prima, ponendo alcuni problemi anche rispetto alla propria appartenenza all'Unione.

Fra questi, due saranno qui oggetto di riflessione: la ridefinizione dei rapporti fra l'Unione europea e i (nuovi?) Paesi che dovessero sorgere per effetto della disgregazione di un suo Stato membro (problema che potrebbe riproporsi in futuro) e la necessità di assicurare a tutte le componenti dell'Unione e, soprattutto, ai suoi cittadini, una pari rappresentanza (problema che andrebbe forse preso in considerazione anche *rebus sic stantibus*).

⁵ A commento dell'art. I-5 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, da cui l'attuale art. 4 TUE deriva, PÉREZ TREMPES e VIOLINI ricordano come esso esprimesse originariamente una teoria antiseparatista, per evitare che contrasti interni agli Stati membri potessero essere risolti nell'Unione (2004: 1454).

⁶ Sull'evoluzione dell'atteggiamento dell'Unione nei confronti degli enti infrastatali v., *ex plurimis*, Gozi, (2003: 351), PATRONI GRIFFI (2004: 950), FROSINA (2013: 1098-1103). Sempre a proposito delle modifiche introdotte a Lisbona, MONJAL rileva come nel testo del Trattato il livello locale venga menzionato molto più frequentemente che nelle precedenti versioni (2011: 348-350).

2.- La definizione dei rapporti fra l'Unione europea e gli Stati risultanti dalla disgregazione di un suo Stato membro.

La disciplina dei rapporti fra l'Unione europea e gli Stati nati dalla disgregazione di un suo Stato membro non può essere fondata su riferimenti normativi né ricavata da precedenti esperienze in quanto è priva degli uni e delle altre.

I Trattati non menzionano l'ipotesi della secessione di parti di territorio di uno Stato e non disciplinano, quindi, le conseguenze che questa comporterebbe. La scelta è ovvia: in primo luogo, i Trattati sono stati sottoscritti dagli Stati membri, nella composizione e struttura che essi avevano in quel momento e che, naturalmente, non intendevano variare; in secondo luogo, e soprattutto, se i Trattati avessero contemplato tale ipotesi nel proprio testo, l'avrebbero in certo qual modo legittimata⁷.

Per quanto riguarda i precedenti occorre constatare che tutti i casi in cui l'Unione europea ha subito delle alterazioni del proprio territorio, pur essendo risultati significativi di una certa flessibilità nell'approccio di Bruxelles (BARATTA, 2014: 79), hanno costituito fattispecie diverse da quella che si prefigurerebbe nel caso in cui una Regione, parte di uno Stato membro, diventasse un nuovo Stato. Con la riunificazione tedesca, infatti, l'Unione europea è venuta ad includere una nuova parte di territorio per effetto della sua incorporazione in uno Stato membro, ma non un nuovo Stato. La Groenlandia (pur non facente parte del continente europeo) si è trovata invece in una situazione diametralmente opposta a Scozia e Catalogna in quanto ha optato per la propria fuoriuscita non dallo Stato di cui era membro, ma dall'Unione europea. L'unico caso analogo a quello in esame è rappresentato dall'Algeria ma il dato geografico vieta di poterlo considerare un precedente a tutti gli effetti, non trattandosi appunto di un Paese europeo (GALÁN GALÁN, 2013: 111-112; DíEZ-PICAZO, 2002: 662-663).

Considerati quindi con i dovuti distinguo gli episodi sopracitati, il fenomeno della secessione non si è mai verificato nel "cuore" dell'Europa.

⁷ Sull'opportunità d'introdurre la previsione della secessione nelle stesse Costituzioni degli Stati e sui relativi aspetti di problematicità MANCINI (2014).

Un caso in cui l'Unione europea si è dovuta misurare con la ridefinizione di una cartina politica si è avuto però nell'ambito della politica di allargamento, in riferimento a Paesi che, al momento dei fatti, erano coinvolti in un programma finalizzato all'avvicinamento a Bruxelles (il Processo di Stabilizzazione e Associazione), ma non avevano ancora lo status di candidati.

Il riferimento è alla ex Jugoslavia che, già privata dei territori di Slovenia, Croazia, Bosnia Erzegovina e Macedonia, proclamatesi indipendenti nei primi anni novanta, ha assistito, dieci anni dopo, alla manifestazione della volontà secessionista anche da parte del Montenegro. In quell'occasione, l'Unione europea è intervenuta attivamente nella regione, proponendo una soluzione di compromesso che ha portato all'istituzione di una sorta di Unione fra Serbia e Montenegro, la cui durata non è andata però oltre i tre anni previsti dall'accordo. Il mosaico dei piccoli Stati balcanici è reso inoltre più complesso dalla situazione del Kosovo, che ha portato, di fatto, alla formazione di un nuovo Stato indipendente all'interno dei confini serbi, sotto l'egida della Comunità internazionale.

In riferimento ai Balcani l'Unione, accettando che prevalesse il diritto all'autodeterminazione dei popoli, ha improntato la propria politica all'inclusione e all'integrazione non solo della regione nel suo complesso ma anche dei singoli Stati, richiedendo però loro con particolare enfasi la cooperazione regionale, che include il miglioramento dei rapporti reciproci.

In assenza di riferimenti normativi e di precedenti analoghi, se la Catalogna o la Scozia dovessero proclamarsi indipendenti, il loro destino rispetto all'Unione andrebbe quindi scritto per la prima volta.

Le principali soluzioni prospettate per un'eventualità del genere fanno leva su due diverse disposizioni dei Trattati e muovono da presupposti diametralmente opposti.

La prima, sostenuta dalla dottrina maggioritaria e (seppur laconicamente) dalle Istituzioni europee (GALÁN GALÁN, 2013: 115-131), parte dalla premessa per cui il Paese

resosi indipendente è, rispetto all'Unione europea, uno Stato terzo, la cui eventuale adesione deve avvenire seguendo il procedimento previsto all'art. 49 TUE.

La seconda, sostenuta ad esempio dai fautori dell'indipendentismo scozzese (MAINARDI, 2014: 25), considera invece il nuovo Stato autonomo come un componente a pieno titolo dell'Unione, nei confronti della quale il suo status non è cambiato per effetto della divisione dallo Stato di appartenenza. La nuova condizione di tale ordinamento deve quindi essere semplicemente formalizzata nei Trattati con la procedura di revisione di cui all'art. 48 TUE.

Nessuna delle due opzioni sembra rispondere perfettamente al caso *de quo* ma la prima suscita maggiori perplessità. Entrambe, poi, soggiacendo alla regola dell'unanimità, espongono l'ente secessionista al rischio di vedersi procrastinata *sine die* la nuova entrata nell'Unione.

In particolare, la tesi dell'art. 49 distingue la posizione del c.d. "Stato madre" (cioè dello Stato che ha subito il distacco), la cui *membership* europea non sarebbe messa in discussione né tantomeno valutata, da quella degli eventuali "Stati figli" che, per aderire, dovrebbero invece seguire il procedimento di cui all'art. 49. Questo prevede che gli aspiranti membri possano entrare nell'UE, previo l'esperimento dell'apposita procedura, solo se ottemperano a tre ordini di parametri: politici, economici e giuridici.

Benchè fondata sulle regole del diritto internazionale in materia di successione fra Stati, la distinzione fra Stato madre e Stati figli può risultare in questo caso parzialmente iniqua. Non è infatti matematicamente certo che i Paesi già membri, qualora subiscano la perdita di una parte del loro territorio, e quindi della popolazione e delle risorse a questo relativi, rispettino tutti i parametri in relazione ai quali verrebbero valutati se fossero considerati come candidati. Se è vero che la secessione di una sua parte difficilmente può incidere sul rispetto dei parametri politici o di quelli giuridici di uno Stato, essa potrebbe invece influire in modo anche rilevante su quelli economici (si pensi al caso ipotetico in cui le Regioni più ricche d'Italia si dichiarassero indipendenti) non rendendolo quindi più idoneo, almeno nell'immediato,

all'ammissione nell'UE. In replica a questa obiezione occorre però riconoscere che i parametri della sfera economica, benchè importanti, in talune situazioni hanno un peso inferiore rispetto agli altri. In caso di loro mancato rispetto da parte degli Stati già membri, i Trattati prevedono dei rimedi, ma non la stessa procedura imposta dall'art. 7 per i casi di violazione dell'art. 2 e anche nei confronti dei Paesi candidati le Istituzioni europee hanno ribadito la priorità dei requisiti di carattere politico (v. le Conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997; CERRUTI, 2010: 52; 336). Quand'anche si considerasse quindi lo Stato madre come candidato all'adesione, difficilmente la sua riammissione nell'Unione sarebbe pregiudicata dalla non ottemperanza ai soli requisiti economici.

Diverso è il caso dello Stato secessionista, che si dota di un nuovo sistema politico e normativo e di un proprio bilancio che devono risultare conformi agli standard europei.

Se è quindi logico che esso subisca una forma di valutazione, che porti alla sua riammissione, sarebbe però opportuno pensare a un procedimento diverso da quello previsto per gli Stati che non hanno mai fatto parte dell'Unione.

Come già anticipato, seguendo l'iter di cui all'art. 49, la posizione del Paese disgregato ed aspirante membro dell'UE sarebbe inoltre esposta al probabile rischio che lo Stato madre, forte di ovvi rancori per la recente secessione, ponga il veto, condizionandone così il percorso verso l'Unione.

Si pensi, in proposito, alla recente esperienza della Croazia, i cui negoziati di adesione sono rimasti bloccati per mesi per effetto del veto della Slovenia, dovuto alla mancata soluzione di questioni bilaterali fra i due Paesi risalenti alla disgregazione della Jugoslavia e non strettamente connesse al futuro europeo di Zagabria. Sempre in riferimento alla Croazia, si pensi ancora al fatto che uno degli elementi utilizzati nella campagna elettorale dai sostenitori del sì al referendum sull'adesione all'UE faceva leva sul fatto che, una volta entrati in Europa, i croati avrebbero potuto decidere delle sorti degli altri Paesi balcanici.

La via dell'art. 49, pur dettata anche dal comprensibile intento di non incentivare fenomeni secessionisti, non pare quindi del tutto adatta in quanto impone un trattamento eccessivamente difforme fra lo Stato che subisce e quello che si rende autore della secessione, esponendo quest'ultimo al rischio di un veto permanente da parte del primo.

La seconda soluzione proposta si basa sull'art. 48, cioè sulla revisione dei Trattati che permetterebbe al nuovo – ma in realtà vecchio – membro, resosi indipendente, di rientrare con la sua nuova veste in Europa senza dover dimostrare la propria ammissibilità⁸. Secondo questa teoria, che si fonda sul fatto che sino ad allora quel Paese aveva fatto parte dell'Unione, rispettandone i parametri, sarebbe sufficiente adeguare i Trattati alla nuova composizione dell'UE, che non diventerebbe più di ventotto ma di ventinove, trenta o più Stati membri. Ammesso però che la decisione di emendare i Trattati sia recepita da tutti i componenti dell'Unione (Stato disgregato compreso), alcune delle disposizioni che occorrerebbe modificare, come quelle sulla composizione degli organi comunitari, porrebbero delle difficoltà non indifferenti, in quanto rispondono ad equilibri molto delicati, come ha confermato da ultimo l'esperienza di Lisbona.

Da un punto di vista non meramente istituzionale, ma più incentrato sulla tutela dei diritti, l'applicazione dell'art. 48, per quanto problematica, pare fornire maggiori garanzie sia nei confronti dei cittadini dello Stato figlio, sia –e soprattutto– nei confronti dei cittadini di altri Stati membri dell'UE che in esso risiedono. Se infatti i primi, optando per la secessione dallo Stato madre, scelgono di uscire anche dall'Unione e di perdere i relativi diritti, i secondi si trovano a subire una decisione altrui che li priva del godimento di quelle posizioni giuridiche soggettive di cui sino a quel momento avevano beneficiato (BARATTA, 2014: 78). In realtà, poi, l'esperienza scozzese prefigura uno scenario ancora diverso, in cui il voto a favore dell'indipendenza avrebbe potuto corrispondere alla possibilità di permanere all'interno dell'Unione europea a fronte del paventato rischio di recesso da parte dello Stato madre.

⁸ Anche la strada dell'art. 49 porterebbe, in un secondo momento, alla modifica dei Trattati.

Per quanto non lineare, questa seconda soluzione sembra più equa di quella che prevede l'applicazione dell'art. 49 ma ripropone il problema della possibilità del veto da parte del Paese che subisce il distacco e di altri ordinamenti che vedrebbero un rischio per la propria unità (FROSINI, 2013: 445), accentuando poi il pericolo di "Euro-tribalismi" (WEILER, 2012 e 2014).

La necessità di modifica dei Trattati in riferimento alla composizione degli organi istituzionali introduce la seconda delle questioni cui si è accennato in apertura e cioè quella relativa alla rappresentanza, nell'UE, degli Stati, delle Regioni e dei cittadini.

3.- La rappresentanza degli Stati e dei cittadini nell'Unione europea.

Nonostante i ripetuti (e in parte riusciti) tentativi di avviare un *federalizing process*, l'Unione europea continua notoriamente e, forse, anacronisticamente, ad avere due anime, quella c.d. comunitaria – che s'incarna *in primis* nella Commissione - e quella intergovernativa che, complice la crisi, negli ultimi tempi ha anzi guadagnato ulteriore terreno (MORRONE, 2014).

Per evitare allora che proprio l'aspirazione a contare in Europa costituisca, per quelle realtà demografiche e/o territoriali già inclini verso prospettive di tipo autonomistico, un incentivo ulteriore ad anelare all'indipendenza, sarebbe opportuno rivedere alcuni meccanismi interni all'Unione europea, procedendo, in particolare, in tre direzioni. La prima consiste nella riduzione al ricorso a soluzioni e schemi basati prevalentemente sull'accordo fra gli Stati; la seconda nella correzione di alcuni criteri di rappresentanza dei cittadini europei negli organi e nelle Istituzioni dell'UE; la terza nel recupero del ruolo degli enti infrastatali.

Tralasciando il primo aspetto, le cui dinamiche subiscono sicuramente il condizionamento dell'attuale congiuntura economica, sul secondo si può osservare che se in alcuni organi istituzionali il fatto che ogni Stato conti per uno risponde alla logica governativa, meccanismi diversi dovrebbero guidare ad esempio la composizione della Commissione europea che, pur essendo l'Istituzione comunitaria per eccellenza, continua invece ad essere formata da un numero di membri corrispondente a quello degli Stati. In proposito non si è mancato di sottolineare come

questo risponda a logiche ben precise, rispondenti alla volontà di dare una voce agli Stati non in quanto tali ma in quanto espressione dell'interesse generale (MATTERA, 2003: 7-11; 2009: 5-10; PONZANO, 2009: 217). La vicenda irlandese sull'approvazione del Trattato, con la centralità della questione del numero dei commissari europei, depone invece a favore del fatto che presenziare in Commissione venga per ora avvertito più come una forma di rappresentanza del proprio Stato che dell'interesse generale⁹.

Lo stesso Parlamento europeo, in cui la distribuzione dei seggi fra i Paesi avviene sostanzialmente in base al numero di abitanti, sembra rispondere per ora più ad istanze nazionalistiche che di rappresentanza politica generale¹⁰. Pur riconoscendo che il Trattato di Lisbona prevede dei meccanismi di votazione che si basano anche sul calcolo di determinate percentuali di popolazione, la sensazione che si ricava dalle dinamiche politiche dell'Unione è che l'Europa sia governata dagli Stati e che siano solo gli Stati a contare.

Pur nella consapevolezza che certi meccanismi di carattere intergovernativo non dovranno mai essere sradicati dal sistema europeo, si ritiene che altri potrebbero invece trovare un'adeguata correzione nella direzione di una più equa rappresentanza tra tutti i suoi cittadini, che si trovano invece in questo momento a pesare in modo piuttosto disomogeneo.

Quanto al terzo aspetto, cioè il ruolo degli enti infrastatali, non si può non rilevare che per alcune realtà territoriali del vecchio continente, caratterizzate magari da una situazione economica più florida di quella del Paese di cui fanno parte (BALDI, 2014: 972) risulterebbe allora ben più conveniente, ai fini del proprio peso nell'Unione, dichiarare la secessione dallo Stato di appartenenza e ri-aderire come membri a pieno titolo all'UE. Se come Regioni, infatti, tali realtà non hanno molte possibilità d'incidere

⁹ GIANFRANCESCO osserva in proposito che la nomina di un commissario è un momento politicamente sensibile per qualunque esecutivo (2012: 24).

¹⁰ Sulla tendenziale prevalenza degli interessi nazionali su quelli sovranazionali all'interno del Parlamento europeo così come sul fatto che l'assenza di una normativa elettorale uniforme per i parlamentari europei comporti una disparità di trattamento fra i cittadini (LAUDANI, 2011: 6-9). Sul tipo di omogeneità da ricercare nel redigere una legge elettorale europea (cioè su quali elementi debbano risultare comuni) per rendere il sistema realmente rappresentativo v. RAZZA (2013).

sulle decisioni dell'Unione, essendo i meccanismi di concertazione e raccordo fra Stati membri ed enti infrastatali rimessi alla discrezionalità degli Stati membri stessi, come piccoli Stati indipendenti esse avrebbero la certezza che nessuna decisione dell'Unione possa essere presa senza "passare sul loro tavolo". Pur non volendosi qui riproporre l'idea, ormai superata, dell'"Europa delle Regioni" (DE FIORES, 2013: 62, 87-93), sarebbe allora auspicabile il riconoscimento agli enti infrastatali di un ruolo di maggiore influenza, al di là di quello che attualmente esercitano attraverso gli appositi organi dell'Unione¹¹.

Il rischio di secessioni che l'Europa ha appena evitato deve insomma costituire un monito per rivedere una situazione che, pur fondata su equilibri delicatissimi e faticosamente raggiunti, presenta degli elementi di criticità per quanto concerne, in particolare, il diritto dei cittadini dell'Unione a non "pesare" in modo così differenziato, a seconda del fatto che abitino in uno Stato membro di grandi o piccole dimensioni, e il ruolo delle Regioni.

Se l'UE è la sede o la meta in vista della quale anche situazioni geopolitiche molto complesse riescono a trovare una forma di soluzione, come sta rivelando l'esperienza dei Balcani, occorre evitare che la prospettiva della *membership* e delle prerogative che essa offre costituisca un incentivo alla formazione di nuovi Stati e fare sì che l'appartenenza all'UE dia la possibilità di contare nello stesso modo a tutti i suoi cittadini.

Riferimenti bibliografici

ABAT I NINET, Antoni (2014), (Risposta al questionario), CAPPUCCIO Laura, FERRAIUOLO Gennaro (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna, federalismi.it*, p. 35-49.

¹¹ In proposito, spostandosi dal piano della rappresentanza, si può ricordare che una delle rivendicazioni dei Catalani concerne l'inserimento della loro lingua fra quelle dell'Unione, negato sulla base del fatto che non si tratta della lingua ufficiale di uno Stato membro. La situazione cambierebbe però se Andorra, che conta solo duecentomila abitanti, aderisse all'UE (Pop: 2014).

BALDI, Brunetta (2014), *Federalismo e secessionismi, Le Istituzioni del federalismo*, p. 963-983.

BARATTA, Roberto (2014), *L'appartenenza all'UE della Scozia in caso di secessione dal regno Unito, Il Diritto dell'Unione europea*, p. 75-80.

BILANCIA, Francesco (2014), *Il "derecho a decidir" catalano nel quadro della democrazia costituzionale, Le Istituzioni del federalismo*, p. 985-997.

BOCCI, Veronica E. (2011), *La strumentalizzazione delle autonomie identitarie. Considerazioni e provocazione a margine del 6° Euronamaster su "Quale federalismo?"*, *forumcostituzionale.it*.

CAPPUCCIO, Laura (2014), *Introduzione. La lunga e accidentata marcia della Catalogna verso una consultazione popolare sull'indipendenza*, CAPPUCCIO Laura, FERRAIUOLO Gennaro (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna, federalismi.it*, p. 3-32.

CARVALE, Giulia (2014), *Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds, federalismi.it*, p. 1-36.

CERRUTI, Tanja (2010), *L'Unione europea alla ricerca dei propri confini. I criteri politici di adesione e il ruolo dei nuovi Stati membri*. Torino: Giappichelli.

CLEMENTI, Francesco (2014), *Quel filo di Scozia nel vestito della democrazia europea, confrontocostituzionali.eu*.

DE FIORES, Claudio (2013), *"Remettre les Régions a leur place". Dall'Europa delle regioni alle Regioni senza Europa?*, *Le Istituzioni del Federalismo*, p. 57-94.

DÍEZ-PICAZO, Luis M. (2002), *What does it mean to be a State within the European Union?*, *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, p. 651-671.

FAMIGLIETTI, Gianluca (2013), *Lo spettro del referendum secessionista catalano, Quaderni costituzionali*, p. 435-438.

FERRAIUOLO, Gennaro (2014), *Due referendum non comparabili, Quaderni costituzionali*, p. 703-707.

FROSINA, Laura (2013), *Regioni e Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Il Comitato delle Regioni, i Parlamenti regionali e le sfide della multilevel governance, Diritto pubblico comparato ed europeo*, p. 1097-1128.

FROSINA, Laura (2014), *Il c.d. derecho a decidir nella sentenza n. 42/2014 del Tribunale costituzionale spagnolo sulla dichiarazione di sovranità della Catalogna*, *federalismi.it*, p. 1-21.

FROSINI, Justin O. (2013), *L'indipendenza della Scozia: l'uscita da due unioni?*, *Quaderni costituzionali*, p. 442-445.

GALÁN GALÁN, Alfredo (2013), *Secesión de Estados y pertinencia a la Unión Europea: Cataluña en la encrucijada*, *Le Istituzioni del federalismo*, p. 95-135.

GALÁN GALÁN, Alfredo (2014), *Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña*, *Le Istituzioni del federalismo*, p. 885-907.

GIANFRANCESCO, Eduardo (2012), *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, *forumcostituzionale.it*, p. 1-45.

GOZI, Sandro (2003), *Regioni europee e processi decisionali dell'Unione: quale equilibrio? I casi di Belgio, Spagna, Germania e Regno Unito*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, p. 351-358.

LAUDANI, Fabrizio (2011), *Rappresentanza europea, gruppi parlamentari e deficit democratico*, *forumcostituzionale.it*, p. 1-20.

LEYLAND, Peter (2014), *The Scottish Referendum, the funding of territorial governance in the United Kingdom and the legislative role of the Westminster Parliament*, *Le Istituzioni del federalismo*, p. 857-884.

MAINARDI, Eleonora (2014), *Il referendum in Scozia: tra devolution e indipendenza*, *federalismi.it*, p. 1-35.

MANCINI, Susanna (2014), *Costituzionalismo, federalismo e secessione*, *Le Istituzioni del federalismo*, p. 779-805.

MASTROMARINO, Anna (2014), *L'Unione europea à rebours: integrazione e processi di secessione in Europa*, *Centro Studi sul Federalismo*.

MATTERA, Alfonso (2003), *Les zones d'ombre du projet de Constitution dans l'architecture de l'Union: la composition de la Commission. La Convention touche au coeur du "projet européen"*, *Revue du droit de l'Union européen*, p. 5-12.

MATTERA, Alfonso (2009), *Une composition de la Commission telle que prévue par la traité de Nice conduirait vers un affaiblissement de l'autorité de l'Institution et une fragilisation de sa légitimité populaire*, *Revue du droit de l'Union européen*, p. 5-11.

MONJAL, Pierre-Yves (2011), *Collectivités territoriales françaises et droit de l'Union européenne: quelques remarques sur la portée de la reconnaissance "di niveau local" par les textes européens*, *Revue de droit de l'Union Européenne*, p. 347-359.

MORRONE, Andrea (2014), *Una costituzione per l'Europa? Per uno Stato costituzionale europeo*, *federalismi.it*, p. 1-9

PATRONI GRIFFI, Andrea (2004), *Il ruolo delle Regioni nella vita democratica dell'Unione*, *Rassegna parlamentare*, p. 945-957.

PÈREZ TREMPES, Pablo e VIOLINI, Lorenza (2004), *La Costituzione europea e l'organizzazione territoriale degli Stati membri*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, p. 1431-1455.

PONZANO, Paolo (2009), *Brèves considérations sur le rôle de la Commission européenne*, *Revue de Droit de l'Union européenne*, p. 217-220.

POP, Valentina (2014), *Scotland, Catalonia boost independence movements in Europe*, *euobserver.com*.

RAZZA, Andrea (2013), *Liste transnazionali e procedura elettorale uniforme: verso una "legge elettorale europea"*, *Rassegna parlamentare*, p. 881-908.

VAGLI, Giovanni (2014), *Spagna: l'ipotetico referendum sull'indipendenza della Catalogna*, *forumcostituzionale.it*.

TRABUCCO, Daniele (2014), *La regione del Veneto tra referendum per l'indipendenza e richiesta di maggiori forme di autonomia*, *Amministrazioneincammino.it*, p. 18.

WEILER, Joseph H.H. (2012), *Catalonian Independence and the European Union*, *ejiltalk.org*, 20 december.

WEILER, Joseph H.H. (2014), *Scotland and the EU: a Comment by Joseph H.H. Weiler*, *Verfassungsblog.eu*, 8 september.

IL RECESSO DEGLI STATI DALL'UNIONE: EFFETTIVA POSSIBILITÀ O PREVISIONE MERAMENTE... ANSIOLITICA?

Ilario Nasso

Dottorando di ricerca

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

Sommario:

- 1.- Introduzione.
- 2.- La natura giuridica dell'Unione, i suoi elementi pre-federali e le relative implicazioni.
- 3.- L'incidenza dell'Unione sui processi decisionali interni agli Stati: il "Caso Italia".
- 4.- L'art. 50 del Trattato sull'Unione europea: una formulazione volutamente ambigua?
- 5.- Il recesso dall'Unione al cospetto dell'art. 117, I c., della Costituzione italiana: alcuni conclusivi spunti di riflessione.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

IL RECESSO DEGLI STATI DALL'UNIONE: POSSIBILITÀ EFFETTIVA O PREVISIONE MERAMENTE...ANSIOLITICA?

Il contributo intende riflettere sul c.d. “diritto” di dissociarsi dall'Unione, attraverso la sua contestualizzazione nell'ambito delle argomentazioni teorico-generalì concernenti la forma dell'U.E.

Ne risultano analizzati: 1) la possibilità – ora riconosciuta agli Stati aderenti ex art. 50 T.U.E. – di fuoriuscire dall'Unione; 2) il complesso di elementi istituzionali da cui è lecito desumere la predisposizione dell'U.E. ad evolvere in senso federale; 3) le conseguenze riverberate dall'attuale stadio evolutivo dell'Unione nei confronti del concreto esercizio dell'“*opting-out*” da parte di un Paese membro.

Lo scritto esamina la compatibilità del “diritto” in questione con la tendenziale devoluzione di sempre più pervasivi ambiti decisionali in favore del livello di governo sovranazionale, per comprendere – anche alla luce di pregresse esperienze occorse in ordinamenti similari – entro quali margini lo Stato aderente all'U.E. possa effettivamente dissociarsi da quest'ultima ovvero se tale possibilità – pure formalmente riconosciuta – sia destinata a rimanere sostanzialmente inattuabile e confinata all'astrattezza.

Resumen en español

LA SEPARACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA: OPORTUNIDAD EFECTIVA O PODER SIMPLEMENTE... ANSIOLÍTICO?

El escrito tiene por objeto reflejar sobre el así llamado “Derecho” de desasociarse de la Unión por medio de su contextualización en el ámbito de las argumentaciones teórico-generales que pertenecen a la forma del UE.

Resultan analizados: 1) la relación entre la posibilidad que ofrece ahora a los Estados Partes, ex art. 50 T.U.E. de salir de la Unión; 2) la totalidad de los elementos institucionales de los que es lícito deducir la propensión de la U.E. para evolucionar en la dirección del Federalismo; 3) las consecuencias derivadas de la actual etapa evolutiva de la Unión en relación con el ejercicio real del “*opting-out*” por un País Miembro.

En el documento se examina la compatibilidad del “Derecho” en cuestión con la tendencia cada vez más generalizada hacia la descentralización de la elaboración de políticas en favor del nivel sobrenacional de gobierno, para entender – hasta a la luz de experiencias anteriores que se produjeron en los sistemas jurídicos similares – entre cuales márgenes el Estado miembro de la U.E. puede disociarse realmente contra ella o si esa posibilidad – aunque formalmente reconocida – sea destinada a permanecer sustancialmente irrealizable y confinada a lo abstracto.

Abstract in English

THE SEPARATION OF THE MEMBER STATES FROM THE EUROPEAN UNION: EFFECTIVE OPPORTUNITY OR MERELY ... ANXIOLYTIC POWER?

The work casts insights on the right for Member States of the European Union to dissociate from the Union itself, in the realm of the overall debate concerning the general and theoretical reasoning about its current structure. The main topics endeavor to analyze: 1) the faculty of contracting out of the E.U., as of art. 50 T.E.U.; 2) the combination of peculiarities of the institutional and regulatory framework which lead to deduce that there is a concrete supranational tendency toward federalism; 3) the reflections produced by the current evolutionary outcomes of the institutional European framework on the possibility of the Member States to engage in the process of separation. The essay also examines the compatibility of this assumed right to disjoin from the E.U. with the increasing tendency to devolve towards European institutions more and more pervasive decision-making powers, with the aim of understanding – also in the light of antecedent experiences already pertained to former political orders – to what extent can single States undergo dissociation and how can it be effectively accounted for and truly recognized, rather than becoming a merely abstract hypothesis.

1.- Introduzione.

Il dibattito, da sempre particolarmente animato, concernente la natura giuridica dell'Unione europea può oggi ritenersi ulteriormente alimentato dagli spunti di riflessione provenienti tanto dalla più recente evoluzione del diritto comunitario¹ primario quanto dall'andamento dei rapporti intercorrenti fra i differenti livelli di governo – dell'U.E. e degli Stati che la compongono – nel contesto della perdurante fase recessiva globale.

La recrudescenza dei nazionalismi – mai sopiti ma per lungo tempo (quantomeno) domati – e il correlato senso di disaffezione popolare nei confronti dell'Unione (intesa come apparato), senz'altro esacerbato dalla gravità della crisi economica e dalla propaganda populistica, hanno richiamato l'attenzione sulla possibilità degli Stati membri di porre autonomamente fine all'esperienza aggregativa in atto nel Vecchio Continente.

Alla rivitalizzazione di un'evenienza siffatta, peraltro, è sembrata strategicamente preordinata l'introduzione di una clausola di recesso volontario, oggi disciplinata dall'art. 50 del Trattato sull'Unione europea (di seguito: T.U.E.), come modificato dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

La tesi sostenuta nel presente contributo depone nel senso di un ridimensionamento dell'effettiva portata applicativa di una tale previsione, pure da più parti (sbrigativamente) ritenuta sintomatica del definitivo abbandono di ogni proposito autenticamente federalistico in seno all'U.E.

Nel corso della trattazione, più precisamente, saranno esaminati alcuni aspetti della complessa realtà ordinamentale dell'Unione, per arguirne le difficoltà esistenti lungo la via dell'esercizio di un potere statale di dissociazione da quest'ultima, ed eventualmente trarne alcuni elementi chiarificatori in merito alla natura e alle tendenze di sviluppo dell'Unione europea medesima.

¹ Consapevoli della soppressione delle tre Comunità, l'aggettivo è utilizzato per evitare cacofoniche ripetizioni.

2.- La natura giuridica dell'Unione, i suoi elementi (pre-)federali e le relative implicazioni.

La costruzione del comune edificio europeo si è da subito rivelata come un inedito e ambizioso esperimento politico e giuridico, funzionale alle aspirazioni di ristabilimento e mantenimento della pace nel Vecchio Continente, ciclicamente funestato da conflitti indotti dalla ricorrenza di opposte pretese egemoniche, provenienti dalle più attrezzate potenze presenti sul suo territorio (COSTANZO – MEZZETTI – RUGGERI, 2014: 25 ss.).

Proprio in ragione di tale sua singolarità, ogni trattazione concernente la natura dell'Unione dovrebbe rifuggire dalla pur allettante e forse inevitabile tentazione di applicare le categorie costituzionali interne, all'atto d'indagare l'essenza di questo peculiare fenomeno aggregativo.

L'osservatore che si ponga oggi al cospetto dell'Unione europea potrebbe agevolmente rinvenirvi un'applicazione della teoria della "*path-dependency*", inizialmente elaborata nell'ambito degli studi economici, quindi adottata da sociologi e politologi, e che LIEBOWITZ – MARGOLIS descrivono in questi termini: «*Most generally, path dependence means that where we go next depends not only on where we are now, but also upon where we have been*». (2000: 981 ss.).

L'Unione, in realtà, compendia in sé tutte le caratteristiche di un processo – benché "*sui generis*" e tuttora "*in fieri*" – di "*community building*" finalisticamente orientata all'avvicinamento inter-ordinamentale, avvertito come scopo ultimo e assiologicamente desiderabile di tutte le iniziative istituzionali assunte sin dai primi passi del cammino dell'integrazione comunitaria.

A ben vedere, due differenti prospettive si fronteggiano nella disamina del fenomeno qui esaminato: secondo l'approccio internazionalistico, la matrice comunque pattizia dell'Unione – unitamente al "dettaglio" per il quale le modifiche fondamentali del suo assetto istituzionale debbano essere licenziate dagli Stati, e all'unanimità (ai sensi dell'art. 48 T.U.E.) – non consentirebbe di qualificare l'U.E. in termini differenti da quelli di un'organizzazione internazionale, sostanzialmente priva

di connotati statuali, ancorché creativa di un pervasivo potere pubblico sovranazionale (WEILER, 1997: 43 ss.).

Anche al di là, però, delle opposte conclusioni cui è verosimilmente dato pervenire oggi (ove si ponga mente alla determinante influenza esercitata dagli organi decisionali dell'Unione sugli ordinamenti degli Stati membri nell'attuale contesto economico, e di cui si avrà modo di dire oltre), la draconiana risolutezza dei fautori della tesi internazionalistica ha da subito prestato il fianco a numerose critiche.

La sussistenza di un apparato istituzionale in grado di emanare norme giuridiche generali, astratte e direttamente applicabili, l'implementazione di un articolato sistema giudiziario suscettibile di procurarne anche coattivamente l'osservanza nei confronti degli Stati e dei privati, la coniazione di moneta e la pressoché pacifica attitudine delle corti eurounitarie (e della loro attività pretoria) a fungere da meccanismo propulsivo di una vieppiù avanzata unificazione non paiono caratteri ascrivibili ad organizzazioni squisitamente internazionali, mentre si atteggiano – più ragionevolmente – ad attributi di matrice storicamente statale (CANNIZZARO, 2000: 241 ss.).

Quanto da ultimo affermato, però, non autorizza (ancora) ad intravedere nell'Unione i tratti caratteristici di un Superstato: e, d'altra parte, gli sforzi (più o meno affannosi) di riconduzione dell'Unione al genere degli Stati rischiano di non cogliere metodologicamente nel segno, quantomeno laddove pretendano di negare la crisi ormai irreversibile della corrispondenza biunivoca tra i concetti di Stato e di sovranità.

Né organizzazione internazionale né Stato in senso classico, l'Unione costituisce un esempio di "cosmopolitismo istituzionalizzato" – secondo l'efficace definizione di BECK e GRANDE (2006: 34) – espressivo della tendenza di quasi tutti gli Stati contemporanei a percepire la propria inidoneità alla gestione delle sfide ad essi sottoposte dalle alterne vicissitudini e dagli sconvolgimenti socio-economici da cui sono inevitabilmente attinti.

La storia recente, più specificamente, consegna allo studioso elementi significativi per avanzare non poche perplessità in merito all'odierna adeguatezza degli

Stati, e alla loro complessiva autosufficienza: CAFFARENA (2009: 11 ss.), a questo riguardo, rileva come – in circa un secolo – le organizzazioni pubbliche esterne agli Stati siano passate da 37 a 1850, senza considerare quelle non governative, a riprova dell'avvertita esigenza di costituire sempre più solidi legami transfrontalieri, dei quali è ormai pressoché assodata l'ineluttabilità.

Le organizzazioni in questione, peraltro, hanno da tempo acquisito la soggettività di diritto internazionale, e a loro volta hanno assunto la capacità di stipulare accordi internazionali (eloquente, in proposito, la previsione di cui all'art. 216 del Trattato sul funzionamento dell'U.E.): prerogativa un tempo ritenuta di appannaggio dei soli Stati convenzionalmente intesi.

Per comprendere, peraltro, il ruolo oggi rivestito nell'U.E. dagli Stati che ne sono membri non è sufficiente proclamarne la (tendenziale) preminenza in seno alle istituzioni e alle procedure decisionali; se, infatti, alle deroghe e alle integrazioni degli atti istitutivi e modificativi (delle Comunità, e) dell'Unione possono formalmente concorrere soltanto gli Stati membri – cui potrebbe, dunque, dirsi appartenere in via esclusiva il “potere di revisione costituzionale dell'Unione” – le modalità con cui una siffatta potestà richiede di essere esercitata incontrano rigorosi condizionamenti, fra i quali degna di nota è la preservazione dell’*“acquis communautaire”*, la cui elaborazione e il cui consolidamento si devono in massima parte alla Corte di giustizia, organo cui va riconosciuto quantomeno il merito della rimozione dei vincoli di tipo negativo all'integrazione fra gli Stati d'Europa, come sostenuto da SCHARPF (1999: 59).

Si registra, in tal modo, la curiosa circostanza per la quale un organo derivato – ossia scaturito dalla volontà istitutiva di soggetti ad esso preesistenti (e sovrani, quantomeno in senso ottocentesco) – sia giunto progressivamente a dotare l'Unione, attraverso la propria attività pretoria, di un *corpus* di regole e principi cogenti, il cui contenuto si attegga a limite invalicabile anche in occasione dell'apposizione di modifiche al diritto comunitario primario: di talché i titolari del “potere costituente” vedono circoscritti i propri margini di movimento per effetto dell'attività posta in essere da un “potere costituito” (in proposito: BIEBER, 1993: 343 ss).

Non meno interessante, per i suoi spunti di riflessione, è il dato rappresentato dalla direzione impressa dagli Stati – in circa un sessantennio – alle modificazioni dei trattati istitutivi, rispetto alle quali è ragionevole sostenere che anche le (apparenti) battute d’arresto del processo d’integrazione – da più parti denunciate, da ultimo, in occasione dell’arenamento del progetto costituzionale (formale) – non abbiano in alcun caso offerto la sponda ad un effettivo arretramento dell’esperienza unificativa in atto, la quale – dunque – sembra avanzare inesorabilmente, ad onta delle pure nient’affatto secondarie crisi nelle quali si sia a più riprese imbattuta.

Le decelerazioni episodicamente accusate lungo la via dell’unificazione sovranazionale del Vecchio Continente non possono essere travisate come definitive inversioni di rotta del processo aggregativo: le difficoltà di volta in volta sperimentate dai più coraggiosi tentativi posti in essere in questo ambito, infatti, non si sono mai tradotte – a tutt’oggi – nel disfacimento delle strutture istituzionali, dei meccanismi procedurali e delle competenze normative e regolative conferite all’Unione europea, mediante una loro retroversione in favore dei Paesi aderenti, ed il ripristino dello *status quo ante*.

D’altra parte, l’analisi delle fughe in avanti ovvero dei rallentamenti nella storia dell’integrazione europea non può che prendere atto – per ragioni di onestà intellettuale – delle premesse ideologiche da cui la prospettiva dell’unificazione mosse i suoi primi passi.

La concezione federalista, di cui SPINELLI (1991: 48) fu il principale esponente, volle propugnare l’avveniristica svolta in favore della creazione di uno Stato europeo nei cui confronti i singoli Paesi avrebbero dovuto dismettere tutte le proprie potestà sovrane, tramite l’auspicata riproposizione del processo che aveva condotto alla costituzione della federazione americana, e la conseguente «definitiva abolizione della divisione dell’Europa in Stati nazionali sovrani».

Essa, tuttavia, apparve forse troppo ardita, e venne conseguentemente sopravanzata dal più cauto approccio funzionalista, per il quale alla realizzazione di uno spazio politico-economico comune si sarebbe dovuto procedere per graduali

acquisizioni, a coronamento delle quali sarebbe stato possibile dar vita ad un'unione di tipo costituzionale.

La visione funzionalista, dunque, ha condotto l'Unione ad evolversi attraverso il raggiungimento di obiettivi progressivi, reputati i più adeguati anche al fine di non ridestare oltremodo le mai estinte inclinazioni nazionalistiche (WEILER, 1999: 324 ss.)

Quest'ultima, nondimeno, è ormai dotata di soggettività giuridica anche internazionale, nonché affidataria di attribuzioni un tempo ritenute immancabilmente spettanti ai soli Stati nazionali, poiché logicamente avvinte da una relazione biunivoca con il concetto di sovranità: basti pensare, a tal proposito, alla gestione della politica monetaria, all'intrattenimento di rapporti diplomatici sia con altri Stati sia con differenti organizzazioni internazionali, alla regolamentazione delle proprie frontiere e alla gestione dei flussi migratori (ai sensi degli artt. 3 e 79 T.U.E.), alla predisposizione di un sistema di "*intelligence*" in grado di fronteggiare le minacce esterne (ai sensi degli artt. 1 ss. del Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'articolo 42 del Trattato sull'Unione europea), all'instaurazione di politiche che promuovano lo sviluppo dei territori (giusta le previsioni del titolo XVIII della parte terza del T.U.E.).

Un altro elemento deponente a favore della dequotazione del peso, asseritamente incontrastato, che si vorrebbe persistentemente tributare ai Paesi membri può ben individuarsi nella considerazione di cui i cittadini degli Stati aderenti hanno da sempre goduto in seno all'Unione (e alle sue antesignane Comunità).

Fin dalla sentenza emessa nel 1962 della Corte di giustizia nel caso *Van Gend en Loos* – la cui rilevanza materialmente costituzionale è predicata da PIZZORUSSO (2001: 180 ss.) come un dato acquisito – l'organo giurisdizionale deputato a presidiare l'osservanza del diritto comunitario ha avuto modo di statuire come la cessione di sovranità, progressivamente compiuta dagli Stati membri, abbia dato origine a un ordinamento «di nuovo genere [...], che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»: ed è anche con riferimento a quest'ultimo aspetto che occorre revocare in dubbio la prospettiva per la quale l'Unione si caratterizzerebbe

per una natura meramente internazionalistica, come tale fondata sull'interlocuzione di Paesi sovrani e formalmente equiordinati; senza considerare, oltretutto, la stessa tendenza della Comunità internazionale alla valorizzazione dei singoli individui rispetto agli Stati.

Dall'esposizione che precede, allora, appare chiaramente delineata la propensione dell'U.E. al consolidamento delle proprie funzioni e all'assorbimento di sempre più incisivi compiti, tra quelli storicamente riservati agli Stati; alla luce di questa considerazione, dunque – mentre merita accoglimento l'invito di HABERMAS (2012: 51) al ripudio, in sede di valutazione dei fenomeni aggregativi in atto nel Vecchio Continente, delle indebite sopravvalutazioni delle categorie di "confederazione" o di "federazione", sotto la cui lente sono pure state storicamente analizzate esperienze di analogo tenore, e la cui odierna validità euristica è revocata in dubbio da CARAVITA (2006: 5729 ss.) – possiamo ritenere che già oggi l'Unione esibisca in sé stessa dei tratti marcatamente pre-federali, con i quali la clausola di recesso deve, pertanto, necessariamente confrontarsi, affinché possa apprezzarsene l'effettiva, futura azionabilità.

3.- L'incidenza dell'Unione sui processi istituzionali interni agli Stati: il "Caso Italia".

Le osservazioni superiormente svolte "*in vitro*" ne escono avvalorate dall'osservazione condotta – per così dire, "*in vivo*" – sui più recenti accadimenti da cui l'Unione è stata interessata nel corso degli ultimi anni.

A questo proposito, sarà senz'altro eloquente volgere retrospettivamente lo sguardo alle vicissitudini occorse nel nostro Paese, emblematiche della soverchiante influenza esercitata – pressoché in tempo reale – dagli organi eurounitari sulle scelte squisitamente politiche, e finanche costituzionali, assunte dagli organi di vertice del sistema istituzionale.

Come chiaramente riassunto da ADINOLFI (2013: 66 ss.), circa sette anni or sono l'economia globale iniziava ad avvitarci lungo il crinale della stagnazione produttiva e della recessione, originariamente indotta da operazioni speculative aventi ad oggetto i mutui "*sub-prime*" del mercato statunitense del credito, e riverberatasi – in alcuni dei

Paesi dell'“eurozona” – in una profonda crisi del debito sovrano, provocata dall'impossibilità di accesso al mercato internazionale dei capitali, pure necessaria allo scopo di rimediare alla gigantesca esposizione debitoria, favorita dall'esponenziale e pluridecennale aumento della spesa pubblica.

La deficienza strutturale delle economie dei Paesi geograficamente collocati alla periferia dell'Unione giocava un ruolo drammaticamente decisivo in ordine al decorso della congiuntura economica, e non meno serie risultavano le ripercussioni scaturite dal comportamento serbato, in quel contesto, dalle cc.dd. agenzie di “*rating*”, la cui correttezza, più segnatamente, è tuttora motivo di cocenti preoccupazioni, compendiate dall'affermazione di AMADOU N. R. (2009: 3), ad avviso del quale «*credit rating agencies have played a key role in the origin of the current crisis, [and] the downgrades of a number of structured credit products and market participants in 2007 has a been a catalyst of the current crisis*». Specularmente, il ruolo rivestito dalle società in discorso aggiunge ulteriori e macroscopici argomenti a sostegno della tesi che vuole gli Stati oggetto di una progressiva emorragia di potestà pubbliche, soprattutto nel settore economico-finanziario, rispetto all'effettivo controllo statale delle cui dinamiche si apprezzano e condividono, oggigiorno e palesemente, i motivi di perplessità illustrati più di un decennio fa da CASSESE (2002: 38 ss.).

I timori del contagio – fondati sulla sottovalutazione di precedenti esperienze che avrebbero potuto e dovuto indurre gli Stati d'Europa, notoriamente caratterizzati da mercati particolarmente interdipendenti (su cui: GILPIN, 2009: 272 ss.), all'assunzione tempestiva di misure preventive, pur tuttavia mancata – suggerivano la messa in campo di misure di austerità, intese al contenimento del disavanzo e alla rassicurazione dei mercati, sempre più scettici in ordine alla solvibilità degli Stati più esposti, e all'affidabilità dei relativi titoli del debito pubblico (fra i principali strumenti di gestione della politica economica nazionale, come rammentato da GALGANO, 2009: 177-180).

In particolare, si dava corso – in un clima di parziale, malcelata insofferenza – alla creazione di fondi di salvataggio (il c.d. “Fondo Salva-Sati”), una volta superate le resistenze in ordine all'interpretazione da assegnarsi al combinato disposto degli artt.

122 e 125 T.U.E. (e alla clausola del “*no-bailout*” contenuta in quest’ultimo), peraltro ritenute non persuasive da Tosato (2010, *ibidem*).

In questo clima particolarmente affannato, gli organi decisionali dell’Unione europea intraprendevano una serrata interlocuzione con l’Italia (per una cui efficacemente sintetica ricognizione risulta molto utile attingere a LIPPOLIS – SALERNO, 2013: 37 ss.), non nascondendo un certo scetticismo in ordine alla sostenibilità – non soltanto di lungo termine – dell’approccio serbato da quest’ultima nei confronti della crisi mondiale, e delle correlate esigenze di messa in sicurezza dei conti pubblici.

Dal vertice dei Capi di Stato e di governo del 23 ottobre 2011 proveniva, infatti, l’inedita e specifica richiesta – nei confronti dell’Esecutivo italiano – di assumere decisioni idonee a tranquillizzare gli operatori economici internazionali, e a promuovere contemporaneamente la ripresa dell’economia.

La susseguente “lettera d’intenti” non appariva in grado di tacitare le riserve concernenti l’impermeabilità della finanza pubblica italiana al rischio dell’aggravamento, di contro percepito dagli investitori come ormai inevitabile.

All’ampliamento del differenziale nel rendimento dei titoli di Stato italiani e tedeschi (c.d. “*spread*”) seguiva dapprima un comunicato della Presidenza della Repubblica, successivamente una serie di incontri fra il Capo dello Stato e le forze di maggioranza e opposizione, quindi l’invio di un questionario di trentanove domande, formulate al ministro dell’economia italiano dal commissario U.E. agli affari economici.

Il 5 novembre il Presidente del Consiglio si recava a colloquio dal Presidente della Repubblica, a conclusione del quale – per la prima volta nella storia della Repubblica – erano preannunciate in un comunicato-stampa del Capo dello Stato le imminenti dimissioni del capo del Governo, ribadite – di lì a qualche giorno – attraverso la diramazione di un’inequivocabile, ulteriore comunicazione del Quirinale, in cui era dato leggere – fra gli altri passaggi – come «non esistesse alcuna incertezza sulla scelta del Presidente del Consiglio [in carica] di rassegnare le dimissioni dal Governo da lui presieduto» (!), e avente il palese intento di riparare al persistente innalzamento dello “*spread*” fra “*bond*” italiani e tedeschi.

Le dimissioni sarebbero, infine, giunte il 12 novembre, mentre il nuovo Presidente del Consiglio, frattanto nominato senatore a vita, era incaricato della funzione il giorno successivo, all'esito delle più brevi consultazioni della storia dell'Italia post-bellica.

Com'è stato apertamente osservato (MERLINI, 2012: 62), il mutamento di governo occorso in seno alla XVI legislatura veniva a coincidere con la «messa in mora» dell'Italia da parte dell'Unione europea, la quale giungeva – per questa via – ad incidere direttamente sulla durata e sulla composizione di organi costituzionali, pur senza operare alcun mediato o immediato sovvertimento delle forme stabilite nella legge fondamentale italiana, ma semmai favorendo una presa di coscienza della gravità del momento politico-economico, soprattutto da parte di quelle istituzioni interne deputate a fungere – secondo Costituzione – da raccordo funzionale tra i diversi poteri partecipanti alla determinazione dell'indirizzo politico, e auspicando loro iniziative in ordine all'assunzione di determinazioni conseguenti, e adeguate alla serietà delle circostanze (determinazioni che, come si è visto, non tarderanno ad arrivare).

A questo punto della trattazione, dovrebbe essere sufficientemente acquisito il dato per il quale l'Unione europea è una realtà direttamente in grado di condizionare le scelte più significative della politica nazionale dei Paesi membri, tanto per ciò che attiene ai margini di manovra – e all'estensione temporale – dei mandati conferiti alle istituzioni di governo degli Stati aderenti, quanto per quel che concerne le rispettive politiche fiscali, finanziarie e contabili: a quest'ultimo proposito, tuttavia, ancor più dirimente sembra essere la decisione di porre mano al testo costituzionale, per introdurre all'art. 81 Cost. una minuziosa disciplina introduttiva di un inedito – e controverso – obbligo di equilibrio di bilancio, in sostanziale esecuzione di quella che TOSATO (2013: 14) definisce come l'unica novità adottata dall'accordo di diritto internazionale definito "*Fiscal Compact*", sottoscritto il 3 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'U.E., con la sola eccezione del Regno Unito e della Repubblica Ceca.

Con le riflessioni appena compiute, dunque, può dirsi conclusa l'esposizione (pure inevitabilmente succinta) delle ragioni che inducono a ritenere sempre più

approfondito il “*federalizing process*”, coinvolgente gli ordinamenti interni dei Paesi membri e quello comunitario: e questa considerazione, unita alle indicazioni che verremo svolgendo appresso in relazione al contenuto dell’art. 50 T.U.E., dovrebbe offrire un quadro auspicabilmente persuasivo di come la fuoriuscita dall’Unione sia destinata a rimanere sostanzialmente una petizione di principio, tanto più ove la si costringa a misurarsi con il crisma dell’effettività.

4.- L’art. 50 del Trattato sull’Unione europea: una formulazione volutamente ambigua?

L’art. 50 T.U.E. esordisce con una proposizione dal contenuto duplice, in parte costitutivo ed in parte dichiarativo.

Nella misura in cui, più dettagliatamente, esso riconosce a ciascuno Stato membro il potere di assumere decisioni concernenti la sua permanenza in seno all’Unione, il disposto pattizio si caratterizza per il conferimento “*ex novo*” di una potestà verosimilmente non posseduta a titolo originario dagli Stati: diversamente opinando, la proposizione normativa risulterebbe – fin dal principio – “*inutiliter data*”.

Laddove, però, esso precisa che la titolarità del potere in questione rimane assoggettata, quanto al suo esercizio, alle norme costituzionali interne del Paese considerato, l’art. 50 T.U.E. sembra peccare di scarsa innovatività: non si comprende, infatti, come si potrebbe concepire – “*in primis*” da parte di ciascuno Stato membro – l’esercizio di una potestà pubblica statale in violazione dei pertinenti precetti fondamentali di cui quello Stato si caratterizzi.

Al fine di recuperare, però, una qualche originalità anche a quest’ultimo inciso del precetto esaminato, può forse ritenersi che la formulazione impressa all’articolo in commento abbia inteso fondare una competenza dell’Unione, per effetto della quale le sarebbe consentito valutare se lo Stato membro (da cui provenga l’intenzione di fuoriuscire dall’U.E.) abbia o meno fatto una corretta applicazione delle sue stesse disposizioni superprimarie.

L’interpretazione appena suggerita, d’altra parte, non sembra particolarmente peregrina, a ben vedere: siffatto accertamento, esercitato dagli organi comunitari,

condurrebbe semplicemente ad ulteriori e fisiologici sviluppi la già ampiamente consacrata osmosi tra il patrimonio costituzionale degli Stati membri ed il complesso di valori su cui la stessa Corte di giustizia ha fatto ripetutamente affidamento, nella sua opera pretoria di consolidamento dell'Unione, e di riconduzione delle sue istituzioni e procedure sotto l'egida dei principi liberal-democratici.

Quanto, poi, alla non meno pregnante questione relativa alla consistenza e natura della possibilità assegnata agli Stati membri dall'art. 50 T.U.E., è piuttosto irrealistico – anche e soprattutto alla luce delle argomentazioni dipanate nei precedenti paragrafi – che la disposizione in parola abbia voluto (o potuto) introdurre un autentico diritto potestativo.

Più segnatamente, occorre rammentare come oggetto della notifica al Consiglio europeo sia l'«intenzione» di recedere. La stessa non produce altro effetto se non quello di avviare un procedimento finalizzato alla determinazione delle modalità di dissociazione dall'Unione.

Nessuna trasformazione giuridica, estintiva o anche soltanto modificativa, è prodotta per il solo fatto della formalizzazione della decisione statutale di fuoriuscire dall'U.E.: di talché non è stravagante ritenere che lo Stato recedente dia corso, più che ad una manifestazione di volontà (che basti a se stessa), ad una espressione di desiderio.

Quest'ultima impostazione teorica, peraltro, sembra l'unica compatibile con l'elaborazione ormai consolidata in punto di eventuale smembramento di ordinamenti compositi, variamente qualificati.

L'inesistenza di un diritto alla secessione è piuttosto incontrovertibile (MARGIOTTA: 131 ss.): quest'ultimo non funge, di conseguenza, da adeguato criterio di distinzione tra Stati regionali o federali, per la dirimente ragione che nemmeno alle entità partecipi di un'aggregazione federativa è riconosciuta la possibilità di disporre “*pro parte*” del legame che le avvince alle altre.

Anche SCHMITT (1984: 478), a questo riguardo, aveva avuto modo di constatare come l'adesione alla federazione non desse luogo ad un contratto «liberamente

risolubile», dal momento che, una volta federatosi, lo Stato avrebbe dovuto ritenersi «inserito in un sistema politico complessivo».

Se dal distacco di una sua componente quell'ordinamento generale e composito vedesse pregiudicata la possibilità della sua stessa sopravvivenza, ne deriverebbe che la (pur astrattamente contemplata) eventualità della dissoluzione unilaterale del vincolo intercorrente tra i diversi Stati deve necessariamente coordinarsi con le esigenze di conservazione e avanzamento di quella data realtà ordinamentale, poiché non sarebbe logicamente – oltretutto materialmente – concepibile una scelta dissociativa da cui scaturisse, come conseguenza anche mediata, il venir meno dell'ordinamento complessivo: senza considerare, oltretutto, che qualora si consentisse – per mera ipotesi astratta – l'azionabilità (unilaterale ed incondizionata) di un diritto siffatto, si consentirebbe allo Stato recedente d'incidere direttamente nella sfera giuridica degli Stati suoi interlocutori, allorquando dalla determinazione esercitata ad iniziativa del primo discendesse la definitiva archiviazione dell'esperienza associativa anche per i secondi. Non è un caso, infatti, che in occasione di iniziative secessionistiche coltivate in un recente passato (su cui: CAMERON, 2005: 114 ss.), sia stata rimarcata la natura necessariamente bilaterale e negoziata di ogni operazione comportante il deliberato distacco di porzioni più o meno ampie del territorio statale: ogni tentativo in tal senso, quindi, è giuridicamente destinato a rimanere privo di seguito – *“id est”*: a fallire – in difetto del concorso della volontà dello Stato (centrale o federale) da cui una delle articolazioni territoriali componenti intenda dissociarsi.

La prestazione del consenso dell'ordinamento complessivo, a sua volta, non costituisce un atto dovuto, ma soggiace ad una serie di valutazioni, fra le quali va annoverata anche l'eventuale rigidità della legge fondamentale (da intendersi in senso non necessariamente formale).

La predicabilità di un diritto unilaterale di recesso dall'Unione si palesa, allora, piuttosto ardua. Gli evidenti elementi (quantomeno) pre-federali che caratterizzano l'avanzato esperimento in atto nel Vecchio Continente – che già da tempo è qualificato da CHITI (2001: 979 ss.) alla stregua di «unione di ordinamenti giuridici» – la profonda

interconnessione dei mercati e dei destini economico-finanziari dei Paesi membri, l'esigenza di fronteggiare unitariamente le sfide del tempo presente, in uno alle esaminate preclusioni giuridiche (di matrice materialmente costituzionale) inibenti l'accantonamento o la destrutturazione del processo d'integrazione militano, infatti, in direzione complessivamente avversa al concreto esercizio del recesso ex art. 50 T.U.E.

5.- Il recesso dall'Unione al cospetto dell'art. 117, I c., della Costituzione italiana: alcuni conclusivi spunti di riflessione.

Riguadagnata – a questo punto dell'esposizione – una sede di osservazione interna ai nostri confini, a corroborare l'analisi testé compiuta sembra porsi anche il dettato di cui all'art. 117, I c., Cost.

Delle molteplici implicazioni tratte dalla dottrina in relazione a quest'ultima disposizione, quella maggiormente pregnante attiene al rango dalla stessa conferito al principio della primazia del diritto comunitario su quello nazionale.

Devesi innanzitutto escludere che la "*ratio*" della citata novella costituzionale sia consistita nella mera esigenza di elevare il diritto comunitario derivato a fonte interposta tra la Costituzione ed un qualche precetto primario interno, ipoteticamente sottoposto al vaglio della Consulta: da lungo tempo, infatti, il giudice delle leggi ha riconosciuto la correttezza dell'impostazione impressa dalla Corte di Giustizia ai rapporti tra gli ordinamenti nazionali e sovranazionale, ribadendo il potere-dovere giudiziale di non fare applicazione della norma interna contrastante con il diritto dell'Unione auto-applicativo, e la conseguente superfluità ("*recte*": dannosità e processuale impraticabilità) della diversa opzione consistente nella sistematica adizione incidentale della stessa Corte costituzionale, mediante la proposizione di "*quaestiones legitimitatis*" volte a far acclarare l'anticomunitarietà della norma di cui si discute.

La costituzionalizzazione della "*primauté*" del diritto comunitario, pertanto, non può che recare con sé ben altre – e più coraggiose – conseguenze. Essa, in verità, scolpisce nella Carta fondamentale della Repubblica una profonda riconsiderazione dei rapporti tra ordinamento nazionale e dell'Unione, di cui – già all'indomani dell'entrata

in vigore della l. cost. 3/2001 – finanche la dottrina mostratasi più cauta circa l'effettiva dirompenza del nuovo disposto costituzionale (CANNIZZARO, 2001: 993) ha avuto modo di apprezzare la vocazione sostanzialmente «federalista», e l'attitudine a riparare i precetti internazionali (in senso lato) da «attività intrusive ad opera di altri enti dotati di competenze normative».

La novella costituzionale, invero, non pare dotata di una funzione meramente ricognitiva dei rapporti tra Unione e Stati membri (avuto riguardo – nel caso specifico – alla posizione dell'Italia): di converso, ne è innegabile l'attitudine dimostrata nei confronti della rimodulazione delle potestà normative, distribuite tra i diversi livelli – centrale e regionale – dell'articolazione statuale. Poiché, infatti, la Corte costituzionale – quantomeno a far data dalla sentenza n. 406/2005, declaratoria dell'illegittimità di una legge regionale abruzzese per contrasto con una direttiva comunitaria – ha ritenuto utilmente invocabile, anche in via esclusiva, l'art. 117, l. c., Cost. nei giudizi incardinati in via principale, essa ha confermato l'idoneità del diritto comunitario ad incidere sul riparto competenziale interno, con potenziale assorbimento “*pro futuro*” dell'illegittimità costituzionale nell'illegittimità comunitaria.

Poste le suddette premesse, è stato osservato (CELOTTO, 2006: 1223 ss.) come nulla escluda – simmetricamente – che l'eventuale contrarietà manifestata da una norma (statale o sub-statale) di rango legislativo, rispetto alla cornice costituzionale di distribuzione delle competenze legislative, venga – d'ora innanzi – tenuta indenne da censure provenienti dal giudice delle leggi (e dalle conseguenti, sue statuizioni caducatorie), qualora di detta norma sia accertata la conformità al disposto comunitario: ciò, proprio a cagione delle potenzialità di conformazione esplicate dal diritto comunitario finanche nei confronti delle norme nazionali “*superiorem non recognoscentes*” (quali, appunto, quelle scolpite nella Legge fondamentale dello Stato).

Orbene, ove si consideri che uno dei parametri reputati tradizionalmente decisivi – al fine di verificare quale, tra più ordinamenti, sia sovraordinato agli altri – è l'idoneità di quello apicale ad incidere sull'estensione delle funzioni normative esercitate da quello sottordinato, ben si comprende quanto siano ormai interrelati gli

ordinamenti dell'Unione e degli Stati membri, e quanto giuridicamente condizionante sia il primo nei riguardi dei secondi.

Quand'anche, poi, s'inverasse la remota ipotesi dell'abbandono dell'Unione, cosa ne sarebbe dei numerosissimi procedimenti normativi avviati e conclusi dall'Unione stessa e, laddove richiesto, anche dagli Stati membri, in veste di attuatori della normativa U.E. non auto-applicativa, da cui sia derivata l'alluvionale produzione di disposizioni, poi storicamente sedimentatesi nel tessuto normativo interno allo stesso Paese receduto, e applicate dai privati, dalla pubblica amministrazione e dalle giurisdizioni interne?

Se per fuoriuscita dall'Unione s'intende, infatti, la completa dissociazione di uno Stato aderente dalla medesima, frutto del disfavore con cui il primo guardi alle conseguenze derivategli dall'appartenenza alla seconda, allora è giocoforza ritenere che in nessun caso uno Stato potrà mai autenticamente (e retroattivamente) sbarazzarsi del patrimonio normativo cui lo stesso abbia a suo tempo contribuito, soprattutto ove si ponga mente alle controversie giurisdizionali instaurate e decise nelle sue aule di tribunale mediante l'applicazione del diritto comunitario primario e secondario, e frattanto passate in giudicato.

L'Unione europea potrà incamminarsi lungo la via di un destino meno infausto di quello vaticinato dai molti, odierni profeti di sventura soltanto attraverso un rafforzamento – e non già un arretramento – dei suoi tratti federalistici (VESPAZIANI, 2014: *ibidem*).

Alcuni autori particolarmente lungimiranti hanno da tempo sostenuto la necessità di dotare l'Unione di una Costituzione (BARBERA, 1997: 139): rispetto a siffatto e condivisibile proposito, peraltro, non sembra – come pure sarebbe piuttosto agevole affermare – che l'infelice sorte occorsa al trattato costituzionale abbia rappresentato un'avversa risposta della storia, poiché di quella Costituzione «si intravedono già alcuni elementi» (evidentemente presenti al di là dell'esistenza di un testo denominato "Costituzione"). Ecco perché, oggi, suona ancor più serio l'avvertimento di KELSEN

(1989: 468), per il quale «solo temporaneamente e nient'affatto per sempre l'umanità si divide in Stati».

Riferimenti bibliografici.

ADINOLFI, Giovanna (2013), "La sovranità economica tra meccanismi istituzionali di controllo e agenzie private". *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, a cura di M. Carbone, Napoli: Editoriale scientifica, p. 66 ss.

AMADOU N. R., Sy (2009), *The Systemic Regulation of Credit Rating Agencies and Rated Market*, Working Paper of the International Monetary Fund, WP/09/129, Washington D.C., p. 3.

BIEBER, Roland (1993), "Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne". *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, II,, p. 343 ss.

CAFFARENA, Anna (2009), *Le organizzazioni internazionali*, Bologna: Il Mulino, p. 11 ss.

CAMERON, David R. (2005), voce "Canada". *Handbook of Federal Countries*, a cura di A. L. Griffith – K. Nerenberg, Montreal: McGill University Press, p. 114.

CANNIZZARO, Enzo (2001), "La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali", in *Rivista di diritto internazionale*, II, p. 923.

_____ (2000), "Democrazia e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea". *Il diritto dell'Unione europea*, II, p. 241 ss.

CARAVITA, Beniamino (2006), voce "Stato federale". *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano: Giuffrè, p. 5729 ss.

CASSESE, Sabino (2002), *La crisi dello Stato*, Roma-Bari: Laterza, p. 38 ss.

CELOTTO, Alfonso (2006), "La Corte costituzionale finalmente applica il 1° comma dell' art. 117 Cost. (in margine alla sent. n. 406 del 2005)", *Giurisprudenza italiana*, VI, p. 1123 ss.

- CHITI, Mario P. (2001), "Lo spazio giuridico europeo", *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2001, 979 ss.
- COSTANZO, Paolo – MEZZETTI, Luca – RUGGERI, Antonio (2014), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli, p. 25 ss.
- DELLA CANANEA, Giacinto (2003), *L'Unione europea. Un ordinamento composito*. Roma-Bari: Laterza, 21.
- GALGANO, Francesco (2009), "Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto". *Politica del diritto*, II, p. 177-180.
- GILPIN, Robert (2009), *Economia politica globale. Le relazioni economiche internazionali nel XXI secolo*, Milano: Giuffrè, p. 272 ss.
- HABERMAS, Jürgen (2012), *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari: Laterza, p. 51.
- KELSEN, Hans (1989), *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Giuffrè: Milano, p. 468.
- LIEBOWITZ Stan J. – MARGOLIS, Stephen (2000). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 981.
- LIPPOLIS, Vincenzo – SALERNO Giulio M. (2013), *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna: Il Mulino, p. 37 ss.
- MARGIOTTA, Costanza (2005), *L'ultimo diritto: profili storici e teorici della secessione*, Bologna: Il Mulino, p. 131 ss.
- MERLINI, Stefano (2012), "Il governo Monti: governo «d'impegno nazionale» o governo «tecnico». *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*. Modena: Mucchi, p. 62.
- PIZZORUSSO, Alessandro (2001), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna: Il Mulino, p. 180 ss.
- SHARPF, Fritz W. (1999), "The Problem Solving Capacity of Multilevel Governance". *Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Bologna: Il Mulino, p. 59.
- SCHMITT, Carl (1984), *Dottrina della Costituzione*, Milano: Giuffrè, p. 478.

SPINELLI, Altiero (1991), *Il Manifesto di Ventotene*, Bologna: Il Mulino, p. 48.

TOSATO, Gian Luigi: <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1458>.

_____ (2013), "L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro". *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, a cura di M. Carbone, Napoli: Editoriale scientifica, p. 14.

_____ (2010) <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1458>.

VESPAZIANI, Alberto (2014) <http://www.apertacontrada.it/2014/03/22/lunione-europea-federazione-o-confederazione/>.

WEILER, Joseph Halevi Horowitz (1999), "To Be a European Citizen: Eros and Civilization". *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 324 ss.

_____ (1997), "The Case Against the Case For Statehood". *European Law Journal*, III, p. 47.

L'UNIONE EUROPEA E IL RUOLO DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE REGIONALI E LOCALI

Benedetta Vimercati

Università degli Studi Milano Bicocca.

Sommario:

- 1.- La proposta di regolamento sulla produzione biologica e sull'etichettatura dei prodotti biologici: dal caso concreto alla riflessione teorica.
- 2.- Le innovazioni portate dal Trattato di Lisbona e il coinvolgimento delle assemblee legislative regionali e locali: a double centralizing effect.
- 3.- Un multilevel government europeo di stampo pluralista. 4.- L'ordinamento italiano e la legge n. 234 del 2012.
- 5.- Suggestioni dalla comparazione: verso nuovi traguardi nel processo di integrazione europea.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

Il presente contributo si propone di analizzare, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il ruolo delle assemblee legislative regionali e locali nel decision making process europeo e, in particolare, rispetto alla fase ascendente, il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà. L'indagine, sviluppata in chiave comparata, tramite l'analisi di tre ordinamenti (Germania, Austria, Belgio) consentirà di sviluppare alcune suggestioni per il potenziamento del coinvolgimento dei Consigli regionali italiani nella formazione del diritto europeo.

Resumen en español

LA UNIÓN EUROPEA Y EL PAPEL DE LAS REGIONALES Y ASAMBLEAS LEGISLATIVAS LOCALES DE DERECHO: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Esta contribución se propone analizar, luego de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las funciones de las Asambleas legislativas regionales y locales en el decision making process europeo, y en particular, respecto a la fase ascendente, el control del respeto del principio de subsidiariedad. La encuesta, que se desarrolló en llave comparada mediante el análisis de tres ordenamientos (Alemania, Austria y Bélgica), permitirá desarrollar algunas sugerencias para el fortalecimiento de la participación de los Consejos regionales italianos en la formación del derecho europeo.

Abstract in English

EUROPEAN UNION AND THE REGIONAL LEGISLATIVE ASSEMBLIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE

The paper aims to analyze, following the entry into force of the Lisbon Treaty, the role of regional legislative assemblies in the European decision making process and, in particular, the subsidiarity monitoring system. The survey, developed in a comparative perspective through the analysis of three legal systems (Germany, Austria, Belgium), will develop some suggestions for strengthening the involvement of the Italian Regional Councils in the EU law-making process.

1.- Dal caso concreto alla riflessione teorica.

Il 24 marzo 2014 è stata depositata la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per la revisione del quadro giuridico attuale relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici, COM(2014) 180. Le materie coperte dal regolamento europeo, connesse alla produzione al commercio dei prodotti agricoli e delle derrate alimentari dell'Unione, nonché al buon funzionamento del mercato interno dei prodotti biologici, sono comprese ai sensi dell'art. 4 TFUE nelle materie di competenza concorrente, rispetto alle quali l'art. 5 TUE afferma che, in virtù del principio di sussidiarietà, l'Unione può intervenire in quelle materie che non rientrano nella sua competenza esclusiva unicamente qualora gli obiettivi dell'azione non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri.

È proprio facendo leva sulla clausola contenuta nell'art. 5 che l'Unione ha deciso di intervenire sulla materia con proprio atto legislativo, sostenuta dall'obiettivo di armonizzare discipline volte a garantire la concorrenza leale e il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti biologici, nonché la fiducia dei consumatori in tali prodotti e nel logo di produzione biologica dell'Unione europea¹. Di fronte a questa scelta dell'Unione di intervenire con proprio regolamento nella disciplina della materia, maggiormente stringente diventa la necessità di un controllo da parte dei Parlamenti nazionali e regionali. Questo intervento dei Parlamenti nel *decision making process* europeo, in particolar modo quello dei Parlamenti regionali, risulta fondamentale per diversi ordini di ragioni, tra i quali vanno annoverati: l'esigenza di compensazione della crescente presenza dell'Unione europea nelle materie di competenza regionale (BOROŃSKA-HRYNIEWIECKA, 2013); l'esigenza di valutazione delle ricadute amministrative sulle singole comunità locali; la necessità di prevenzione delle problematiche legate all'attuazione onerosa delle norme europee, *a fortiori* laddove l'esecuzione delle norme europee sia di competenza delle Regioni, le quali, senza poter prendere parte al processo decisionale, si trovano costrette a dover sopportare costi e oneri stabiliti da una autorità "esterna". Non si dimentichi, infatti,

¹ La base giuridica della proposta di regolamento si rinviene specificamente negli artt. 42 co. 1 e 43 par. 2.

che il 70% della legislazione europea ha un impatto diretto sulle Regioni e sugli enti locali degli Stati membri in Europa, dove ben 75 parlamenti regionali o subnazionali sono dotati di poteri legislativi (CHRISTIANSEN, LINTNER, 2005).

Nel caso di specie, due sono state le *reasoned opinions* sul rispetto del principio di sussidiarietà depositate nei termini previsti (entro il 20 maggio 2014): una da parte del Bundesrat austriaco² e l'altra da parte della Chambre des Députés del Lussemburgo³. Entrambe le *opinions* riconoscono l'incompatibilità della proposta della Commissione con il principio di sussidiarietà, sottolineando in particolare come il punto maggiormente critico risieda nella previsione di numerosi atti delegati con cui la Commissione si impegna a disciplinare più dettagliatamente e in un secondo momento aspetti inerenti la produzione, l'etichettatura, la commercializzazione, lo stoccaggio, il trasporto e il controllo⁴. La frequenza con cui la Commissione fa uso degli atti delegati, cresciuta a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, impedisce, a detta dei due organi legislativi, di effettuare – dato il carattere non specifico della proposta – la valutazione dell'efficacia delle misure previste per il raggiungimento dell'obiettivo desiderato e, quindi, la valutazione della necessità che esse siano adottate a livello dell'Unione, nonché degli effetti della proposta, del risultato finanziario e dell'onere amministrativo a carico degli Stati membri, così ponendosi in contrasto con le disposizioni dell'art. 5 del Protocollo 2.

² 11/SB-BR/2014, Reasoned opinion of the European Affairs Committee of the Federal Council of 14th may 2014. La *reasoned opinion* si esprime nel senso di una incompatibilità della proposta di regolamento europeo con il principio di sussidiarietà: “*Das gegenständliche Vorhaben ist mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht vereinbar*”.

³ Alla medesima conclusione raggiunta dal Bundesrat austriaco è pervenuta anche la Chambre des Députés del Lussemburgo che con una *opinion* depositata in data 20 maggio 2014 afferma: “*La proposition COM (2014) 180 comporte un certain nombre de dispositions qui ne sont pas conformes au principe de subsidiarité, ni au principe de proportionnalité*”.

⁴ In merito alla conformità della proposta ai principi di sussidiarietà e proporzionalità si è espresso anche il Comitato delle Regioni che, nell'opinione del 4 dicembre 2014, ha osservato: “alcune misure proposte, in particolare l'eliminazione della facoltà da parte degli Stati membri di concedere eccezioni, suscitano timori dal punto di vista della sussidiarietà, in quanto c'è da chiedersi se siano necessarie al fine di raggiungere gli obiettivi previsti e se producano un beneficio evidente. La proposta, poi, si spinge oltre il necessario, nel senso che la revisione globale della normativa esistente è prematura ed eccessivamente ampia, e presenta il rischio di una potenziale violazione del principio di proporzionalità, dal momento che esistono altre modalità meno restrittive per conseguire i risultati auspicati. I timori di cui sopra sono stati evidenziati in occasione della consultazione condotta dal CdR sul tema della sussidiarietà”. Cfr. Parere del Comitato delle regioni — Pacchetto di misure sulla produzione biologica, pubblicato il 21 gennaio 2015 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Accanto ad esse, altri Stati hanno provveduto a presentare alcune opinioni sulla proposta di regolamento, anche concernenti il rispetto del principio di sussidiarietà, benché fuori dai termini previsti per il meccanismo di *early warning system*⁵. Per quanto riguarda le Assemblee legislative regionali, infine, unicamente i Consigli regionali della Lombardia⁶ e del Friuli Venezia Giulia⁷ hanno condiviso tramite il sistema Regpex le proprie opinioni sulla conformità del regolamento europeo al principio di sussidiarietà, esprimendo, da un lato, un parere favorevole rispetto agli obiettivi della proposta ma, dall'altro, non mancando di sottolinearne alcuni fondamentali punti di criticità⁸.

Le *reasoned opinions*, appoggiate da due soli parlamenti nazionali, non hanno però attratto il numero di voti valido nelle procedure dell'*early warning system* per attivare la procedura c.d. *yellow card*. Il procedimento di approvazione del regolamento è perciò proseguito senza un'ulteriore fase di ripensamento rispetto alla conformità del *draft* europeo ai principi di sussidiarietà e proporzionalità⁹.

Al di là delle peculiarità del caso concreto, quest'ultimo può diventare spunto per una analisi più profonda dello stato dell'arte in alcuni Paesi europei rispetto al ruolo dei Consigli regionali nell'attuazione e formazione del diritto europeo; una ricognizione che, per ragioni di brevità, non potrà concentrarsi sull'intervento regionale nel *decision making process* europeo complessivamente inteso. Il presente contributo, rimanendo pertanto nell'ambito della cd. fase ascendente, fornirà un *focus* sul controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, considerata una delle più recenti acquisizioni del sistema di governo dell'Unione europea, oltre che espressione concreta di un tentativo di compensare l'ampliamento di competenze dell'Unione

⁵ Tra i pareri giunti sulla proposta di regolamento si menzionino quelli del Bundestag e del Bundesrat tedesco, del Senato italiano, del Senato della Polonia, del Parlamento portoghese e delle Cortes Generales spagnole. Si veda <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20140180.do>.

⁶ Nella Delibera n. X/382 del 27 maggio 2014.

⁷ Delibera del 16 maggio 2014.

⁸ Tra questi elementi di criticità si rinviene quello dell'eccessivo uso degli atti delegati che ha contribuito invece a fondare l'opinione di non conformità al principio di sussidiarietà espressa da Austria e Lussemburgo.

⁹ Esito diverso ha invece avuto la consultazione sul principio di sussidiarietà rispetto alla Monti II regulations, in relazione alla quale erano giunte alla Commissione 12 *reasoned opinions* che ammontavano a 19 voti, i quali superavano pertanto la soglia di 1/3 richiesta per la revisione della proposta.

tramite un controbilanciamento con quelli che la dottrina di matrice mitteleuropea chiama i diritti di collaborazione (*Mitwirkungsrechte*).

2.- Le innovazioni portate dal Trattato di Lisbona e il coinvolgimento delle assemblee legislative regionali e locali: a double centralizing effect.

Il Trattato di Lisbona ha previsto un crescente coinvolgimento degli organi legislativi regionali nel processo decisionale europeo, al fine di dare una più piena attuazione a due fondamentali principi dell'Unione europea, il principio democratico e il principio di sussidiarietà. Come affermato infatti dalla prevalente dottrina, l'Europa, fin dalle sue origini, a motivo del suo peculiare sistema di *governance* multilivello, ha dovuto scontare un deficit di democraticità che si traduceva nel diffuso senso di lontananza dei cittadini europei dalle sue istituzioni.

A partire da questo presupposto, già il Trattato di Maastricht aveva intuito il peso che potevano esercitare le Regioni e le realtà substatali nel loro complesso nella formazione di un'Europa unita, non solo dal punto di vista economico ma anche dal punto di vista politico¹⁰. Il Trattato di Maastricht rappresenta infatti il primo passo verso una regionalizzazione dell'Europa attraverso la positivizzazione del principio di sussidiarietà, l'istituzione del Comitato delle Regioni (CoR) e, infine, l'inclusione di esponenti territoriali nelle delegazioni che rappresentano gli Stati membri del Consiglio dei ministri.

Ciò nonostante, dopo alcuni decenni dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht si è potuto verificare come il deficit di democraticità sia rimasto un nervo ancora scoperto del processo di integrazione europeo¹¹; esso però non rimane l'unico

¹⁰ Ancor prima del Trattato di Maastricht si possono trovare tracce di un riconoscimento degli enti regionali e locali degli Stati membri nel panorama europeo. Si vedano la Dichiarazione comune di Parlamento, Consiglio e Commissione avente ad oggetto la consultazione delle Regioni (1984), la Carta europea delle autonomie locali (1985), l'Atto Unico Europeo (1986) e la Carta comunitaria della regionalizzazione (1988). Questi atti rappresentano un salto di qualità rispetto all'attenzione che le Comunità hanno riservato agli enti substatali fino agli albori degli anni '80. Da quando inizia la stagione di produzione normativa comunitaria (anni '70), "si comincia a prendere coscienza e cominciano ad essere messe in campo misure volte ad evitare che i Parlamenti si trasformassero in meri spettatori di processi di regolazione sempre più consistenti sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo" (CARETTI, 2010).

¹¹ Manzella ritiene che la democraticità sia rimasto uno degli elementi di debolezza strutturale dell'Unione europea, pur avendo mutato nel corso degli anni il proprio significato. Laddove nei primi

elemento di debolezza dell'Unione, dovendosi accompagnare a quello che MacCormick ha definito un deficit di sussidiarietà (MACCORMICK 1999). La sussidiarietà, nella sua duplice funzione costituzionale, di filtro all'esercizio dei poteri a livello europeo e di garanzia del rispetto delle specificità culturali e dell'identità dei singoli Stati membri, è il principio che fonda l'Unione e che si pone come argine ad un rischio di svuotamento e di eliminazione di realtà esistenti, come quelle regionali, da parte di un'entità in divenire che si impone come realtà giuridica esterna.

Al precipuo scopo di evitare che il principio di sussidiarietà rimanesse però “*an empty shell*” (SCHMITT, RUYS, MARX, 2013: 161), incapace di dare concretizzazione a questa duplice funzione costituzionale, il Trattato di Lisbona ha cercato di rinforzare i meccanismi di controllo della sussidiarietà attraverso l'implementazione del ruolo dei Parlamenti nazionali (RIVOSSECHI, 2009)¹² e delle assemblee legislative regionali e locali¹³.

Nello specifico, il Trattato di Lisbona, soprattutto per quel che concerne la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, ha introdotto e modificato alcune disposizioni del diritto primario dell'Unione tra i quali l'art. 4 co. 2 TUE, l'art. 6 TUE e l'art. 13 TUE (valorizzazione delle articolazioni territoriali substatali); l'art. 5 TUE (ruolo delle articolazioni substatali nell'attuazione del principio di sussidiarietà) e, infine, il Protocollo 2 (coinvolgimento dei parlamenti regionali nell'*early warning system*). Proprio quest'ultimo è il versante che coinvolge maggiormente le Regioni e i Consigli

decenni dell'Unione questa veniva parametrata sul modello delle democrazie parlamentari nazionali, andando così ad identificarsi con una non legittimazione democratica delle sue istituzioni, a seguito della crisi economico-finanziaria del 2008 il deficit democratico si dovrebbe misurare “con il margine di discrezionalità che residua a governi e parlamenti nazionali nell'accettazione-esecuzione delle politiche economico-finanziarie” (MANZELLA, 2014: 5).

¹² Cfr. RIVOSSECHI, 2009, 383-384: “le specifiche esigenze di democratizzazione poste dalla costruzione europea non risultano inquadrabili né nello schema funzionalista, né in quello federalista, cosicché appare ragionevole riconoscere che ben difficilmente il deficit di democraticità potrà risolversi soltanto rifugiandosi sotto l'ombrello dei parlamenti nazionali”. Si vedano altresì OLIVETTI 2012, BRUNO 2012, KIIVER 2008 e KIIVER 2012b.

¹³ Questa tensione insita nel Trattato di Lisbona è stata sottolineata dall'allora Presidente della Commissione europea José Manuel Durão Barroso in un discorso tenuto il 5 ottobre 2009 nel corso della European Week of Regions and Cities: “*If we are to address the complex challenges facing us, all the players in society – the European institutions, national, regional and local authorities, the social partners and civil society – must act together in order to move forward in the same direction. It is only in partnership that we can make Europe progress*”.

regionali nella partecipazione al *decision making process*¹⁴. Non solo quindi gli esecutivi, che già da anni partecipano alla formazione e all'attuazione del diritto dell'Unione, ma anche i legislativi locali e regionali (FASONE, 2009).

Il Trattato ha recepito e formalmente introdotto nel diritto primario dell'Unione, grazie soprattutto alla pressione in tal senso esercitata dal Bundestag e dai Länder tedeschi, la pratica posta in essere dal 2006 dalla Commissione Barroso (KIIVER, 2012a)¹⁵. La ricezione formale della procedura Barroso ha trovato sede nel Protocollo 2 nel quale, compendosi un ulteriore passo a favore delle entità substatuali, si afferma, all'art. 6: "*Any national Parliament or any chamber of a national Parliament may, within eight weeks from the date of transmission of a draft legislative act, in the official languages of the Union, send to the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission a reasoned opinion stating why it considers that the draft in question does not comply with the principle of subsidiarity. It will be for each national Parliament or each chamber of a national Parliament to consult, where appropriate, regional parliaments with legislative powers*"¹⁶.

Se però il ruolo dei Parlamenti nazionali nel *decision making process* europeo trova la propria linfa e le necessarie procedure nel Trattato, lo stesso non può dirsi per le assemblee legislative regionali che, non reperendo gli strumenti necessari nel diritto

¹⁴ Cfr. LUPO, 2013, p. 14-15: "*In the early warning system, in fact, regional parliaments are asked to intervene not in the same way as lobbyists, but as parliamentary institutions: so, their duty is that to act trying to consider also and foremost the general point of view, verifying the compliance with the principle of subsidiarity – although considered in a broad meaning, as we will see in the next paragraph – instead of promoting uniquely their specific territorial interest*".

¹⁵ La procedura Barroso prevedeva che, anche in assenza di specifiche obbligazioni previste dal Trattato, si realizzasse la trasmissione delle proposte normative europee e dei documenti di consultazione direttamente ai Parlamenti nazionali, i quali erano invitati a rendere note le proprie osservazioni.

¹⁶ L'*early warning system* si compone di due diverse procedure, le cd. *yellow and orange card*. Nel primo caso, se un terzo dei parlamenti nazionali presenta opposizione alla proposta legislativa europea sollevando argomenti rispetto alla garanzia del principio di sussidiarietà, una commissione – composta da stati membri o altri soggetti che hanno il potere di iniziativa legislativa – può decidere di mantenere, emendare o riscrivere la bozza. La *orange card* prevede invece che solo per le proposte sottoposte alla procedura di approvazione ordinaria, se più del 50% dei parlamenti nazionali si oppone motivando sulla base del principio di sussidiarietà, la Commissione europea deve decidere se mantenere, emendare o riscrivere la proposta. Qualora la Commissione decida di mantenere la proposta inalterata deve redigere una *reasoned opinion* esplicitando le ragioni per cui la commissione ritiene che essa sia conforme al principio di sussidiarietà. Sulla base della *reasoned opinion*, il legislatore europeo (attraverso una maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o la maggioranza dei voti espressi nel Parlamento europeo) deve decidere se bloccare o meno la proposta della Commissione.

primario dell'Unione, necessitano dell'interposizione della normativa costituzionale, nazionale e regionale. Sono gli Stati membri che, muovendosi negli spazi di normazione lasciati dai Trattati, hanno dato vita allo strumento necessario per garantire la partecipazione delle proprie realtà infrastatali.

3.- Un multilevel government europeo di stampo pluralista.

Analizzando questo articolato strumentario e le rispettive discipline poste in vigore dagli Stati membri, emerge come il *multilevel government* europeo sia caratterizzato da uno spiccato pluralismo, sul quale incidono molteplici fattori, tra cui, *in primis*, la configurazione dell'articolazione politica e territoriale dello Stato membro e la ripartizione effettiva dei poteri all'interno dello stesso (forma di stato e forma di governo).

Per cercare di comprendere come gli Stati membri, conformemente alle proprie peculiarità, abbiano cercato di disciplinare l'intervento delle proprie assemblee legislative regionali, si prenderanno in considerazione tre Stati, accomunati da una articolazione territoriale interna di stampo federale: la Germania, l'Austria e il Belgio (NAGEL, 2004).

In Germania, è principalmente attraverso il Bundesrat che i Länder partecipano alle questioni europee. La Camera alta rappresenta quindi, tramite l'art. 23 della Costituzione tedesca, il canale privilegiato del rapporto tra le istituzioni europee e i parlamenti regionali¹⁷. Cercando di colmare di contenuto questa previsione costituzionale, il Parlamento tedesco ha approvato nel 2009 tre leggi che disciplinano rispettivamente l'ampliamento e il rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat negli affari dell'Unione Europea (BGBl. I, S. 3022 - IntVG), la collaborazione tra Governo federale e Bundestag negli affari dell'Unione europea (BGBl. I, S. 3026 -

¹⁷ Art. 23 co. 2 GG: "*In Angelegenheiten der Europäischen Union wirken der Bundestag und durch den Bundesrat die Länder mit. Die Bundesregierung hat den Bundestag und den Bundesrat umfassend zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu unterrichten*". La scelta di far parlare i Länder e le proprie assemblee legislative attraverso il Bundesrat risponde a quella che è la conformazione politico-istituzionale della Germania; la rappresentanza attraverso il Bundesrat rappresenta infatti un elemento indispensabile poiché, avendo esso una competenza più ampia e generale rispetto alla federazione, possiede più ampi margini di manovra che contribuiscono a loro volta a rendere maggiormente incisivo l'intervento delle Regioni stesse.

EUZBBG) e la collaborazione tra Federazione e Länder negli affari dell'Unione europea (BGBl. I, S. 3031 - EUZBLG). Il quadro regolamentare così definito, anche a seguito della nota sentenza della Corte federale tedesca sul Trattato di Lisbona (MANZELLA, 2009), lascia discrezionalità ai singoli Länder nell'interpretare in concreto il rapporto con il Parlamento rispetto alla gestione degli affari europei. Questo margine di discrezionalità ha contribuito alla predisposizione, da parte dei Landtage, di discipline differenziate rispetto alla propria partecipazione al processo decisionale europeo.

L'ufficio competente del segretariato del Bundesrat trasmette i documenti relativi alle attività dell'UE ai governi regionali i quali, a loro volta, sulla base di accordi interistituzionali, sono tenuti a trasmettere i documenti ai relativi parlamenti, non esistendo alcuna forma di comunicazione diretta tra Camera alta e parlamenti regionali. Ed è proprio in quest'ultimo passaggio e nelle successive procedure in cui si articola il controllo del principio di sussidiarietà che emergono i principali elementi di differenziazione. Se infatti alcuni Landtage (parlamenti della Sassonia, dello Schleswig Holstein) hanno invocato e formalizzato un generale diritto ad essere informati, altri (Saar e Baden Württemberg) hanno invece richiesto nelle rispettive Leggi di informazione del Landtage che il flusso formativo fosse tempestivo, puntuale e completo, riuscendo per tal via ad instaurare forme di collaborazione con i rispettivi esecutivi¹⁸. Anche per quanto riguarda le tempistiche del controllo si ha una pluralità di soluzioni perché se alcuni Länder hanno stabilito scadenze predefinite per l'esercizio del potere di controllo, altri hanno invece preferito non prevedere tempistiche predefinite per la gestione della propria attività.

Diversamente, l'Austria, pur possedendo una struttura territorial-istituzionale simile a quella tedesca e, quindi, pur avendo una seconda camera rappresentativa dei Länder (il Bundesrat), non richiede – come invece accade nell'ordinamento tedesco – che la partecipazione dei Länder e dei loro Parlamenti al processo decisionale europeo avvenga tramite l'intermediazione del Bundesrat. L'ordinamento austriaco dispone, al contrario, una partecipazione diretta degli Stati federati che si fonda su tre diverse

¹⁸ Gli esecutivi sono pertanto sono tenuti a prendere in considerazione le risoluzioni votate dai parlamenti regionali.

fonti: l'accordo sui diritti di collaborazione dei Länder e dei Comuni nelle questioni relative all'integrazione europea¹⁹, l'accordo sulla formazione di una volontà comune dei Länder nelle questioni relative all'integrazione europea²⁰ e l'art. 23 della Costituzione federale, così come modificato nel 2010, a seguito dell'approvazione dell'emendamento Lissabon-Begleitnovelle (BOGGERO, 2010).

L'attuale art. 23 GG prevede diverse forme di intervento dei Länder nel processo di integrazione europea. In primo luogo, il comma 1 prescrive un generale obbligo di informazione in virtù del quale la Federazione è tenuta dare tempestiva comunicazione ai Länder dei progetti che, nel quadro dell'Unione Europea, riguardino materie di loro competenza o che comunque possano risultare di loro interesse, consentendo a questi ultimi di esprimere un parere al riguardo. Una volta ricevuta l'informativa e una volta che il Land abbia espresso un univoco parere rispetto a quei progetti su cui abbia competenza legislativa, esso diventerà vincolante per la federazione nell'ambito delle trattative e degli accordi con l'Unione europea.

Un ulteriore strumento che contribuisce ad arricchire il peso dei parlamenti dei Länder nelle decisioni concernenti le proposte legislative europee è la Integrationskonferenz der Länder, un organo a cui è stato affidato il compito di rappresentare gli interessi dei Länder nel processo di integrazione europea, grazie anche alla prestazione della propria consulenza rispetto a specifiche e fondamentali questioni²¹. Sempre in quest'ottica di rafforzamento del ruolo dei Parlamenti regionali, l'art. 13b del Regolamento del Bundesrat prevede, inoltre, l'immediata trasmissione ai

¹⁹ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15 a B-VG über die Mitwirkungsrechte der Länder und Gemeinden in Angelegenheiten der europäischen Integration (LGBl).

²⁰ Vereinbarung gemäß Art. 15 a B-VG über die gemeinsame Willensbildung der Länder in Angelegenheiten der europäischen Integration (IKL). Entrambi gli accordi trovano la propria base costituzionale nell'art. 15 GG.

²¹ Per quel che concerne la sua composizione, essa vede riuniti i Presidenti dei Länder (che vi partecipano con diritto di voto), i Presidenti dei Parlamenti di ciascun Land (senza diritto di voto) e i componenti dell'Ufficio di presidenza del Bundesrat (senza diritto di voto). L'opinione comune raggiunta in seno alla Integrationskonferenz der Länder, per essere considerata tale, deve raccogliere almeno 5 voti su 9, senza alcun voto contrario. La partecipazione dei presidenti dei Landtage, pur essendo prevista senza possibilità di espressione di voto, rappresenta un elemento di garanzia per contenere i rischi di un discostamento del voto del Presidente del Land dalla posizione assunta nel Landtage.

Landtage dei pareri approvati dalla Commissione per gli affari dell'Unione europea da parte del Presidente della Camera²².

Per quanto riguarda infine, nello specifico, il ruolo dei Parlamenti regionali austriaci rispetto alla verifica del principio di sussidiarietà, occorre sottolineare come già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e più precisamente dal 2006, i Landtage abbiano posto in essere una peculiare procedura che prevede una ripartizione per materia tra i vari Stati federati dei progetti comunitari oggetto di esame, sulla base degli interessi prevalenti all'interno dei singoli Länder e alla luce del programma legislativo dell'Unione²³. Il Land competente si esprime, pertanto, anche a nome degli altri Länder, pur permanendo la facoltà di questi ultimi di condurre l'esame in proprio e di esprimere il relativo parere da trasmettere al Bundesrat²⁴.

Altro Stato particolarmente proattivo rispetto al ruolo delle assemblee legislative regionali o locali è il Belgio. Le entità substatali – sia le Comunità linguistiche che le Regioni – sono protagoniste del processo di formazione e di adeguamento del diritto europeo, come si evince dalla scelta del Belgio di inserire una precisazione all'interno della dichiarazione allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona (dichiarazione n. 51), in virtù della quale: “le assemblee parlamentari delle comunità e delle regioni agiscono, relativamente alle competenze esercitate dall'Unione, come componenti del sistema parlamentare nazionale o camere del Parlamento nazionale”.

Significativo dell'ordinamento belga è il ruolo riservato ai Parlamenti regionali nella procedura di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà. Ogni Parlamento regionale, infatti, in virtù della summenzionata dichiarazione, è titolare del potere di attivare il controllo del principio di sussidiarietà sugli atti europei che ricadono nella propria sfera di competenza legislativa, secondo modalità definite all'interno di ogni

²² Questa previsione, unitamente alle altre precedentemente descritte, potrebbe portare a ritenere che gli obblighi informativi seguano un flusso unidirezionale dal Parlamento federale ai Länder; se si osserva però il concreto realizzarsi di questo flusso, si può osservare come esso in realtà si fondi su un dialogo costante e biunivoco tra le assemblee legislative.

²³ Il Landtage del Vorarlberg, ad esempio, si occupa dei progetti in materia di sanità, mentre quello del Tirolo è competente in materia di trasporti.

²⁴ Questo meccanismo virtuoso ha permesso al Bundesrat austriaco di inviare all'Unione, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ben 14 *reasoned opinions*.

singolo Parlamento. Il caso maggiormente degno di menzione è quello del Parlamento della Comunità francese che ha modificato il proprio regolamento interno prevedendo, all'art. 31, la nomina da parte del Comitato per le relazioni internazionali e affari europei di un apposito organo *ad hoc*, l'Euro-promoter, incaricato di monitorare gli affari europei in collaborazione con l'Unità Affari Europei del Parlamento e di vigilare, su richiesta del Comitato, sul principio di sussidiarietà²⁵.

4.- L'ordinamento italiano e la legge n. 234 del 2012.

Per conformare l'ordinamento interno alle nuove previsioni racchiuse nel Trattato di Lisbona, anche il Parlamento italiano è intervenuto, approvando la legge 24 dicembre 2012, n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea", che, attraverso l'abrogazione della legge 4 febbraio 2005, n. 11 (legge Buttiglione), ha ridefinito il quadro della partecipazione dello Stato e delle sue istituzioni, nonché delle Regioni, al processo decisionale europeo (ESPOSITO, 2013).

La recente normativa, al fine di tutelare e incentivare l'intervento delle Regioni nella definizione degli atti legislativi dell'Unione, prevede i cd. strumenti di partecipazione indiretta²⁶, nei quali si distinguono i raccordi procedimentali e i raccordi

²⁵ L'Unità Affari Europei del Parlamento, esaminati i *drafts* legislativi dell'Unione europea, propone una selezione di documenti sulla base delle priorità del momento e in base alle competenze della Comunità sulla materia oggetto degli atti e può inoltre redigere una nota esplicativa sulla compatibilità della proposta legislativa ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. Queste note, unitamente ai documenti legislativi e consultivi, sono inviate al Comitato che, a fronte di un voto favorevole di un terzo dei suoi membri, ha la facoltà di incaricare l'Euro-promoter di formulare un parere relativamente al rispetto del principio di sussidiarietà, parere che potrà essere adottato dal Comitato, divenendo così un vero e proprio documento parlamentare.

²⁶ Altra tipologia di strumenti sono quelli di partecipazione diretta che consistono in meccanismi volti a garantire l'intervento degli enti regionali nella attività delle istituzioni europee senza il filtro delle istituzioni nazionali. Tra essi la normativa prevede e disciplina la presenza di rappresentanti ed esperti delle Regioni nella delegazione del Governo che partecipa alle attività del Consiglio dell'Unione Europea, nelle delegazioni del Governo che partecipano alle attività dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio dell'Unione europea e della Commissione. L'art. 5 della legge n. 11 del 2003 non ha invero mai fatto chiarezza sugli interessi (interesse statale complessivamente inteso, interesse specifico della propria Regione, interesse della Regione in generale in quanto ente) di cui i rappresentanti regionali nella delegazione si facessero portatori in occasione dei lavori delle istituzioni europee. La disposizione prevedeva infatti solamente la partecipazione delle Regioni, senza specificarne i poteri. Sul punto maggiormente dettagliata, benché ancora eccessivamente dedicata alla definizione delle procedure più che degli aspetti sostanziali, sembra la legge n. 234 del 2012.

organizzativi²⁷. I raccordi procedurali sono costituiti da diversi strumenti quali la riserva di esame; gli obblighi di informazione, disciplinati nel Capo IV della legge 234/2012 in cui si definisce la procedura di esame dei documenti comunitari in fase ascendente sia dal punto di vista soggettivo (soggetti coinvolti) sia dal punto di vista oggettivo (strumenti predisposti per l'adempimento degli obblighi informativi) e, infine, la verifica del principio di sussidiarietà.

Rispetto a quest'ultimo profilo, analogamente a quanto statuito per il Parlamento, è disposto che alle assemblee regionali sia riconosciuta la facoltà di «far pervenire alle Camere le loro osservazioni» affinché queste possano essere oggetto di considerazione nel dibattito parlamentare. Nonostante tale apertura, permangono alcune criticità rispetto al ruolo *de facto* svolto dai Consigli regionali nell'ambito della verifica del principio di sussidiarietà. La mera possibilità di far pervenire osservazioni non implica, infatti, un corrispettivo obbligo di esame da parte delle Camere; l'utilizzo di tale strumento rimane, di conseguenza, nella discrezionalità del Parlamento il quale, optando per una scelta di tipo negativo, potrebbe vanificare la partecipazione delle assemblee legislative regionali²⁸.

Le Regioni stesse, contrariamente a quanto accaduto con i regolamenti parlamentari, si sono dimostrate maggiormente attive nella disciplina delle relative procedure, intervenendo sia con revisioni statutarie, sia con leggi ordinarie (leggi di procedura), sia con interventi ai propri regolamenti consiliari.

Le criticità non riguardano però solo gli aspetti attinenti alla positivizzazione delle procedure, ma anche aspetti sostanziali, quali la complessità delle procedure attualmente previste, la brevità dei termini entro cui devono essere formulate le osservazioni, nonché la mancanza di vincolatività delle stesse.

²⁷ Tra questi vanno annoverati il Comitato interministeriale per gli affari europei (CIAE), il Comitato tecnico di valutazione degli atti dell'Unione europea, il cui compito è di adiuvarne il CIAE nella preparazione delle riunioni, Conferenza Stato-Regioni e, infine, la Conferenza Stato-Regioni.

²⁸ A questa vanificazione contribuisce anche l'inattuata modifica dei Regolamenti di Camera e Senato che avrebbe dovuto contribuire a rendere effettivo l'uso di tale strumento.

5.- Suggestioni dalla comparazione: verso nuovi traguardi nel processo di integrazione europea.

L'importanza del coinvolgimento delle Regioni nella verifica del rispetto del principio di sussidiarietà emerge in maniera evidente considerando alcuni dati che registrano come dal 2010 al 2011 ci sia stato un incremento del 75% delle *reasoned opinions*, incremento ulteriormente intensificatosi del 25% dal 2012 al 2013²⁹. Questi dati ci raccontano di uno strumento sempre più utilizzato dai Parlamenti nazionali e anche dai Parlamenti locali come veicolo delle proprie istanze.

Nonostante questa crescita esponenziale, l'analisi comparata contribuisce ad evidenziare come rimangano alcune zone d'ombra sul ruolo dei Consigli regionali, per quel che qui interessa soprattutto quelli italiani, nel processo decisionale europeo. È però al contempo la stessa analisi comparata a permettere di trarre alcuni spunti di riflessione che potrebbero favorire l'implementazione del ruolo dei legislativi regionali e locali nel controllo del rispetto del principio di sussidiarietà.

In primo luogo, si evince come la tecnicità e la specializzazione competenziale siano elementi fondamentali per garantire un adeguato ruolo alle assemblee legislative. Se però tale tecnicità e specializzazione sono caratteristiche tipiche dell'organo esecutivo, di esse è invece per natura carente l'organo legislativo. Per cercare pertanto di compensare questo deficit naturale, si potrebbe ipotizzare la creazione di un gruppo di lavoro tecnico all'interno del Consiglio, deputato a monitorare le tematiche europee e a rafforzare i raccordi con le altre istituzioni, quali il Parlamento e il Governo nazionale, la Conferenza Stato Regioni, etc. In questo senso, altro possibile intervento potrebbe essere quello di ripartire, come avviene in Austria, le competenze tra le Regioni e i Consigli regionali rispetto alla valutazione del principio di sussidiarietà, così da consentire un monitoraggio maggiormente esaustivo e attento delle proposte legislative europee.

²⁹ Nel 2011 sono state consegnate 64 *reasoned opinions* su 28 proposte della Commissione mentre se nel 2012 sono state presentate 70 *opinions*, nel 2013 ne sono state presentate 88 in relazione a 36 proposte della Commissione. Dati forniti dall'Annual report 2013 della Commissione on subsidiarity and proportionality Brussels, 5.8.2014, COM(2014) 506 final.

Ulteriore strumento mutuabile potrebbe essere quello dello European Promoter, già sperimentato in Belgio. Questa figura politica, collocabile nell'ambito del Consiglio o della Commissione competente incaricata di gestire gli affari europei, potrebbe rappresentare un meccanismo per garantire, oltre ad una adeguata *expertise*, anche una maggior coinvolgimento della società civile. Lo European Promoter potrebbe infatti diventare un canale di comunicazione tra l'organo legislativo regionale – di cui si esalterebbe la funzione di organo di rappresentanza della specifica collettività territoriale – e soggetti terzi, il cui intervento potrebbe rivelarsi opportuno non in quanto soggetti formalmente coinvolti nell'*early warning system*, ma piuttosto in quanto soggetti interessati dall'impatto delle previsioni legislative europee.

In secondo luogo, dalla ricognizione condotta si rileva come un ulteriore elemento su cui porre l'attenzione sia il rafforzamento della partecipazione delle assemblee legislative regionali o locali alle reti europee che si occupano, a livello politico e a livello tecnico, di sussidiarietà. Non solo quindi l'implementazione di uno scambio di informazioni in senso verticale, tra Parlamento nazionale e Parlamento regionale, ma anche a livello orizzontale e, quindi, tra i vari Parlamenti regionali.

In questo senso, la CALRE e il Subsidiarity Monitoring Network rappresentano due momenti istituzionali fondamentali di discussione, di riflessione, di scambio di flussi informativi tra Stati membri le cui Regioni siano coinvolte attivamente nel processo decisionale europeo. Analoga considerazione potrebbe essere svolta anche rispetto al portale Regpex che ha la finalità di sostenere i Parlamenti regionali nell'interpretazione del principio di sussidiarietà, in vista di un'efficace partecipazione nell'ambito del controllo del rispetto del principio stesso, così come richiesto dai Trattati. Tutti questi strumenti necessitano di una maggior conoscibilità e fruibilità affinché, anche in presenza di normative interne vaghe e finanche elusive rispetto alla partecipazione delle Regioni nelle questioni europee, queste ultime possano essere in grado di assurgere ad attivi interlocutori di un dialogo istituzionale multilivello.

Un terzo spunto di riflessione che la comparazione suggerisce è inerente al più ampio profilo della forma di governo del Paese (MANGIAMELI, DI SALVATORE, 2010). In uno Stato che devolve parte delle competenze legislative ad enti regionali dotati di organi

legislativi e, ampliando la lente con cui si osserva il contesto in esame, in un sistema di *governance* multilivello dove l'intervento legislativo europeo ricade sul cittadino dell'ente regionale, anche grazie alla intermediazione dell'ente Regione stesso, una seconda Camera rappresentativa delle Regioni diventa un elemento imprescindibile. È l'Europa stessa che implicitamente chiede e indirettamente incide sulla forma di governo degli Stati membri. È la costruzione di una Europa multilivello che esige un intervento proattivo degli enti locali, i quali per poter essere ascoltati necessitano, oltre che di adeguate procedure, anche dell'intermediazione di una istituzione ancor più autorevole come può essere una seconda camera nazionale.

Ma non è solo l'analisi comparata che permette di rilevare le eventuali zone d'ombra che ancora caratterizzano l'intervento delle assemblee legislative regionali nel sistema del controllo della sussidiarietà. Anche la casistica e lo studio delle *reasoned opinions* depositate a fronte delle molteplici proposte normative dell'Unione possono rappresentare una altrettanto valida occasione di riflessione. Si ritorna così a quanto avvenuto a livello regionale in seguito alla presentazione della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per la revisione del quadro giuridico attuale relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici, COM(2014) 180 con cui si è aperto il presente contributo. Cosa ci mostra il suddetto caso, nella filigrana della regolamentazione, rispetto al ruolo delle assemblee legislative regionali nel controllo del principio di sussidiarietà?

Questi tentativi dicono di una oggettiva difficoltà a raggiungere le maggioranze necessarie per una revisione della proposta normativa in seno alle istituzioni europee competenti, oltre che una difficoltà a motivare in modo forte la violazione del principio. Una difficoltà, pertanto, di duplice natura, la quale investe sia il profilo attinente ai contenuti delle *opinions* che quello relativo ad elementi più marcatamente procedurali quali le tempistiche. È in special modo l'elemento temporale a imporsi come una delle principali criticità del sistema disegnato dai Trattati. Le otto settimane previste dall'art. 6 del Protocollo n. 2 sono un periodo di tempo eccessivamente limitato perché ogni Consiglio regionale possa svolgere una seria e ponderata valutazione. Il rispetto delle tempistiche diventa estremamente oneroso considerando

innanzitutto che le otto settimane indicano la *deadline* per l'invio della *reasoned opinion* da parte del Parlamento nazionale ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione; questo implica che se il Parlamento procede alla redazione del documento a seguito degli interventi delle Regioni, queste ultime dovranno esaminare e valutare la proposta in tempi tecnici ancor più ristretti. A ciò si aggiunga che esse devono inoltre confrontarsi con la mole di lavoro che, al di là di quanto richiesto dall'Unione europea, interessa i consigli regionali, l'ampissimo numero di proposte di atti legislativi che giungono dalla Commissione e che vengono inviati ai Parlamenti nazionali, nonché, dato non irrilevante, la carenza di risorse finanziarie e di personale competente.

Per poter dunque rendere maggiormente incisivo l'intervento dell'ente regionale o sub-statale, sarebbe importante sfruttare strumenti attualmente esistenti sia nel panorama istituzionale europeo che in quello interno: un via da seguire potrebbe essere quella dell'anticipazione dell'esame della proposta legislativa europea tramite lo strumento dei Programmi di lavoro dell'Unione per la normazione europea redatti annualmente dalla Commissione. Altra via perseguibile sarebbe quella di incrementare i raccordi interistituzionali nell'ente regionale e quelli tra organi regionali e nazionali, sfruttando la flessibilità propria della fonte regolamentare (RIVOSECCHI, 2009).

Tutto ciò posto, anche se numerosi sono stati i progressi raggiunti verso un effettiva partecipazione dei legislativi regionali o subnazionali nel processo decisionale europeo, il cammino è ancora in divenire e rimane una sfida tuttora aperta nel lungo processo di integrazione europea.

Riferimenti bibliografici.

BOGGERO, Giovanni (2010). "La co-responsabilità per l'integrazione europea dei Lander tedeschi e del Bundesrat. Commento alla legge di responsabilità per l'integrazione (IntVG) del 25/09/2009", *federalismi.it*

- BOROŃSKA-HRYNIEWIECKA, Karolina (2013). "Regions and subsidiarity after Lisbon: overcoming the "regional Blindness"?", http://eprints.luiss.it/1203/1/SOG-WP3-2013_Boronska.pdf
- BRUNO, Fernanda (2012). *Stati membri e Unione europea. Il difficile cammino dell'integrazione*, Giappichelli, Torino
- CARETTI, Paolo (2010). "Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona", www.astrid-online.it, 2010
- CHRISTIANSEN, Thomas, LINTNER, Pamela (2005). "The Committee of Regions after 10 Years. Lessons from the Past and Challenges for the Future", *EIPA Scope*, Vol. 1, pp. 7-13.
- ESPOSITO, Andrea (2013). "La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE. I. Prime riflessioni sul ruolo delle Camere", federalismi.it
- FASONE Cristina (2009). "Le assemblee legislative regionali e i processi decisionali comunitari: un'analisi di diritto comparato", *Le Istituzioni del Federalismo*
- KIIVER, Philipp. (2008). "The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, pp. 77-83.
- KIIVER, Philipp. (2012a). *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge, London
- KIIVER, Philipp (2012b). "The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations", *ERA forum*, p. 535–547
- LUPO Nicola (2013). "National and Regional Parliaments in the Eu decision making process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis", *Perspectives on Federalism*
- MACCORMICK, Neil (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press

- MANGIAMELI, Stelio, DI SALVATORE, Enzo (2010). "Il nuovo assetto dell'Unione europea e l'impatto sulla forma di governo italiana", <http://www.issirfa.cnr.it>
- MANZELLA, Andrea (2009). "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona: 80 giorni dopo", in www.astrid-online.it
- MANZELLA, Andrea (2014), "Verso un governo parlamentare euro-nazionale?", in Manzella Andrea, Lupo Nicola, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino
- NAGEL, Klaus-Jürgen (2004). "L'intervento delle Regioni nella politica europea. Un'analisi comparata", *federalismi.it*
- OLIVETTI, Marco (2012). "Parlamenti nazionali nell'Unione europea", in *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento V*, Utet, Torino
- RIVOSECCHI, Guido (2009). "Le assemblee legislative regionali nel processo decisionale europeo: una questione aperta", *Le istituzioni del federalismo*, p. 381-426
- SCHMITT, Pierre, RUYS, Tom, MARX, Axel (2013). "Political participation, representation and the subsidiarity principle. The case of national and sub-national regional parliaments in the European Union after Lisbon", in Cordenillo Raul, Gardes Karin, *Inclusive Political Participation and Representation: The Role of Regional Organizations*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, pp. 161-189

REDIMENSIONALIZACIÓN COMPETENCIAL Y MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PROVINCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

Luis Miguel García Lozano

*Professore cultore della materia in Diritto Amministrativo
Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.*

Sumario:

- 1.- Introducción.
 - 2.- Simplificación administrativa. Recomendaciones de la Unión.
 - 3.- La Reforma Administrativa en la Unión Europea. Análisis de casos concretos.
 - 3.1 El caso de la federación alemana.
 - 3.2 La redistribución competencial española.
 - 3.3 La reciente reforma italiana.
 - 3.4 La reducción francesa de Holland.
 - 4.- Conclusiones.
- Bibliografía consultada.

Resumen en español

La crisis económica actual ha dado como consecuencia la modificación, de modo innovador, del régimen regulador de los diversos niveles de la Administración Pública en casi toda Europa. Sin embargo, la Unión Europea ha incidido en estos cambios de modo notable, pero no ha sido un éxito dado al tener organizaciones distintas en cada Estado. Las medidas buscan la simplificación de la Administración y la re-centralización competencial.

Abstract in italiano

L'attuale crisi economica ha dato come conseguenze la modifica del regime regolatore dei diversi livelli della Pubblica Amministrazione in quasi tutti i paesi dell'Europa. Tuttavia, l'Unione Europea ha inciso notabilmente in questi cambiamenti, però non è stato un successo dato che ogni paese ha una organizzazione diversa. Le misure adottate cercano la semplificazione della Pubblica Amministrazione ed il re-centramento delle competenze.

Abstract in English

The current economic crisis has resulted in the modification, in an innovative way, of the arrangements for the various levels of public administration in Europe. However, the European Union has stressed these changes markedly, but has not been given to have different organizations in each state successfully. The measures seek to simplify the administration and re-centralization of powers.

1.- Introducción.

Los momentos de crisis suelen ser ocasiones que aprovecha el poder político para realizar cambios que solucionen los problemas que han contribuido a desencadenarla. En la actualidad, una vista al panorama europeo nos hace ver que muchos de los Estados de la Unión se han visto obligados a realizar actuaciones legislativas en orden a obtener una clara simplificación de las estructuras administrativas (SCHEFOLD, 2013: 7). Estas medidas intentan dar una respuesta a las necesidades de ahorro impuestas desde la Unión Europea (UE), con el fin de solucionar de modo firme y real la crisis económica que comenzaba a asolar Europa. De tal modo, se buscaba acometer adaptaciones de la Administración y una clara reforma simplificadora para evitar duplicidades sin sentido.

Sin embargo, durante muchos años se ha acusado a la Administración de los países europeos de inmovilismo, instrumentalización, bloqueo, burocratización, multiplicación e incapacidad resolutoria (GRASSE, 2001: 8). Esta circunstancia ha sido una constante en casi toda la Europa continental ya que, pese a ser países diversos y sistemas distintos, tienen problemas comunes a resolver (EWING, 1999: 11-12), dado que la limitación de los recursos presupuestarios es algo común a todos los Estados del mundo¹. Los recursos suponen algo restringido y una cantidad determinada y acotada. A ello se añade que el aparato gobierno-administrativo suele absorber un porcentaje muy importante de los presupuestos estatales², con lo que la racionalización de la Administración para otorgarle un eficaz funcionamiento se impone.

En este estado de cosas, se ha acordado en los principales países de nuestro entorno cultural y político, una serie de medidas de adaptación del conjunto gobierno-administración. Estos cambios no han sido un programa aislado de uno o dos países, sino que se inscriben en una tendencia internacional promovidos por la Unión Europea. Dicho programa busca la re-dimensionalización de la Administración, y la reducción de los organismos y entes inservibles que supongan una duplicidad

¹ El profesor Edwig realiza la comparativa de países tan distintos como los europeos, Japón o Estados Unidos. Ver: EWING, 1999: 13.

² Según el ministro Bassanini el 50% del presupuesto del Estado en la década de los 90 venía atribuido a las instituciones regionales y locales. Ver: BASSANINI, 1998: 8.

institucional. En algunos países, este programa ha ido acompañado de una numerosa normativa, como ha sido el caso italiano, donde se han aprobado normas diversas a fin de proceder a hacer patente este cambio³. Italia fue el último de los países, pero anteriormente habían adoptado medidas modificadoras estados como Alemania, Portugal, Grecia o España, por citar algunos.

La reforma de la Administración ha sido una constante en la evolución histórica de los Estados, marcando en ocasiones el devenir de la propia nación. Tras la abolición del *Ancien Regime*, se produjo la casi imposición en toda Europa del sistema francés, basado en la configuración administrativa de los dos niveles tradicionales que eran el Estado y la institución de un municipio para cada comunidad territorial (VANDELLI, 1991: 138). A estos dos niveles se intercaló el "departamento" como circunscripción de cara a la Administración del Estado y como elemento unificador de la colectividad local. En opinión del profesor Vandelli, se buscaba la representación de la Administración estatal en niveles inferiores, constituyendo así una circunscripción esencial para el ejercicio de la acción administrativa⁴. La evolución orgánica ha sido continua a lo largo de los dos últimos siglos. Estos cambios se han acelerado en las últimas décadas. Concretamente en España en una época más recientemente han sido notables los cambios sucedidos con la Constitución del 1978, y los posteriores programas reformistas (FONT I LLOVET, 1998) que buscaban la descentralización del poder y el traspaso de competencias a los entes regionales.

³ Decreto Legislativo número del 14 de marzo de 2013, *di riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazione da parte delle Pubbliche Amministrazioni*, el Decreto Legislativo número 69 de 21 de junio del 2013, *su disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, modificado por la Ley número 98 del 9 de agosto de 2013, o el Decreto Legislativo número 101 de 31 de agosto del 2013, *di disposizioni in materia di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*. La última norma aprobada ha sido ciertamente importante para nuestro tema, fue la ley de 7 de abril de 2014, *su disposizioni in materia di città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*.

⁴ Según el Catedrático de Bolonia el Departamento fue creado en Francia por medio del Decreto de 22 de diciembre de 1789 con un doble fin, siendo estos la representación estatal y la organización administrativa del Estado. Para ello habrían delimitado "los colegios para la designación de los representantes de la Asamblea Nacional, pero, al mismo tiempo, habrían constituido las circunscripciones fundamentales para la organización administrativa, confiándola a una organización basada en una asamblea electiva (consejo del departamento) y sobre un directorio, órgano ejecutivo permanente, elegido en el seno de la propia asamblea." (Traducción del autor). Ver: VANDELLI, 1991: 144.

Del mismo modo, y en un momento similar se sucedió en Alemania un reparto de competencias entre el "*Bund*" y el "*Länder*" basado en el artículo 30 de la Constitución alemana (DENNINGER, 1999: 9). Recordemos que los *Länder* tienen atribuida competencia legislativa, por lo que pueden legislar de cualquier materia salvo aquellas exclusivas de la Federación (DENNINGER, 1999: 9).

También el caso inglés de mano del primer ministro Anthony Blair fue llamativo, al buscar una reorganización íntegra del Estado a fin de racionalizar y modernizar la Administración que había crecido sin medida (CASSESE, 2000: 8). Con esta reforma, entre otras cosas, se intentaba "reducir las funciones administrativas, reducción de las dimensiones administrativas, rediseño de los procesos de decisión, introducción del cálculo económico y de la comparación de costes, y atribución a privados de competencias públicas." (CASSESE, 2000: 8).

No fueron únicos los casos de España, Alemania o Reino Unido. Este movimiento europeo de reparto pero en un momento posterior, se sucedió en Italia con la reforma constitucional del Título V en el año 2001, realizada por el ministro Franco Bassanini⁵ donde se buscaba la modificación del sistema territorial a fin de producir una "amplia devolución de poderes, funciones, competencias administrativas y normativas, y relativas a los recursos humanos, financieros y patrimoniales a las administraciones locales, regionales y a los entes funcionales territoriales, aplicando una serie de principios... la ley define las materias reservadas solo al Estado, previendo para el resto que la devolución comprenda todas las funciones y competencias relativas al cuidado de los intereses y a la promoción del desarrollo de las comunidades regionales y locales."⁶

⁵ Según el ministro Bassanini, "la complejidad de la sociedad contemporánea no puede ser gobernada toda desde el centro. La crisis del "*big government*" de las organizaciones centralizadas e burocráticas tiene esta raíz. La sobrecarga de las demandas al centro deviene intolerable, cuando las demandas crecen, se diversifican y requieren respuestas siempre más rápidas." (traducción del autor). BASSANINI, 1998: 4.

⁶ Esto supuso un "vasto proceso de desregulación, des-legalización y simplificación de procedimientos administrativos, tendentes a reducir la carga burocrática y mejorar y acelerar la actividad de la Administración y simplificar el sistema de la responsabilidad... [así como afianzar el] sistema de controles, reforzando los controles internos de gestión, los sistemas de valoración de los resultados, la adopción de parámetros y metodología que privilegien la eficacia de la Pública Administración." (Traducción del autor). Ver: BASSANINI, 1998: 10-11.

Sin perjuicio de ello, ya en el momento embrionario de la reforma Bassanini, el profesor Cassese reclamaba que se obrara una modificación que racionalizara la Administración italiana como ahora se ha hecho a causa de la crisis económica⁷.

No debemos olvidar que la sostenibilidad económica de los Estados miembros, se ha convertido en algo básico para promover el progreso económico y el equilibrio social sostenible, como defiende Giancarlo Vilella. De hecho, apunta que el Tratado de Maastrich ha atribuido importancia constitucional a los principios económicos (VILELLA, 1998: 22). A su modo de ver, las tres características constitucionales de la Europa económica son la armonía, el equilibrio y la sostenibilidad para solventar los problemas de compatibilidad y libre mercado (VILELLA, 1994).

Habida cuenta todo ello y la crisis acuciante que asolaba la Eurozona, se ha impuesto una tendencia política que busca la simplificación de la Administración Pública, para evitar la duplicidad y las ineficacias económicas que se derivan de un organigrama excesivamente grande.

2.- Simplificación administrativa. Recomendaciones de la Unión.

La contención en el gasto y el equilibrio presupuestario son dos características (y casi exigencias) que llevan presidiendo desde hace años la Unión Europea. Sin embargo, el poco desarrollo del sistema de supervisión presupuestaria de los estados miembros que tenía la Unión hasta el año 2011, ha hecho que los controles no fueran todo lo eficaces que se esperaba de cara a "alertar...del deterioro de las economías nacionales" (CABRERA, 2013: 68). Los controles que llevaba a cabo la UE simplemente se dedicaban a controlar el déficit presupuestario de los Estados. A fin de evitar la indisciplina fiscal que es según el profesor Wyplosz ha sido una de las causas de la

⁷ CASSESE, 1998: 7. El profesor Cassese decía al inicio de su introducción que: "El primer ministro inglés tiene al menos cinco veces el poder del Palacio Chigi (sede del primer Ministro italiano), mientras el consejo de ministros italiano tiene veinte veces los funcionarios che *Downing Street*, n. 10 donde tiene sede el primer ministro inglés. Si se compara el solemne palacio de los Papas, "*il Quirinale*", donde tiene sede el presidente de la República Italiana, con el más modesto Eliseo francés, se nota que el presidente de la República Francesa tiene al menos cinco veces más poder que su homólogo italiano, pero la presidencia de la República Italiana cuesta seis veces más que el Eliseo." (Traducción del Autor).

crisis⁸, unido al excesivo gasto de los Estados la Unión se ha visto abocada a crear un mecanismo de socorro de los Estados (BERARDI, 2013: 69). En consecuencia, desde la Unión se impuso un programa de ahorro y medidas limitativas presupuestarias a fin de adecuar el gasto al ingreso real previsto por los estados.

Muchas fueron las medidas aconsejadas, particularizándolas al caso de cada país. Sin embargo, hubo una medida bastante extendida como era la re-dimensionalización de la Administración Pública a fin de evitar duplicidades y sobrecostes innecesarios que cargasen de gastos inasumibles los presupuestos estatales (CABRERA, 2013: 78). En los informes elaborados con las recomendaciones realizadas a los Estados, la UE solía incluir la privatización de determinados servicios o, partes del complejo de la Administración, la re-centralización o la eliminación de demarcaciones o simplificación administrativa por medio de la evolución.

3.- La Reforma Administrativa en la Unión Europea. Análisis de los casos más importantes.

3.1 El caso de la federación alemana.

Tras la unificación alemana en el año 1989, las reformas en la Administración de la Federación han sido contantes⁹, basadas en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (DENNINGER, 1999: 8). De hecho, se dispone que el Ordenamiento constitucional de "cada singular *Land* debe ser conforme a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en base a la Ley Fundamental" en su artículo 28.1 (DENNINGER, 1999: 8). El estado actual del organigrama político-administrativo alemán y, sobre todo en los grandes estados, se dividía en cinco niveles: Federación, *Land*, *Regierungsbezirk*, *Kreis* para finalizar en el municipio (*Stadt*). En los *Länder* más pequeños podemos encontrar la falta del nivel relativo al *Regierungsbezirk*, llegando incluso a albergar los niveles de Federación y de *Stadt*, como sucede en el caso de las

⁸ WYPLOSZ, 2012: 6. El profesor defiende que junto a la indisciplina fiscal, fueron causas de la crisis los escasos mecanismos coercitivos y la ausencia de control de otros desequilibrios macroeconómicos.

⁹ GRASSE, 2001: 80. Según el profesor Grasse, Alemania occidental "no será unible al resto de la Federación lo que ha llevado a la aceptación de una situación de desigualdad y variedad."

ciudades-estado (SCHEFOLD, 2013: 16). Como decimos, si algo resulta bastante característico en la organización administrativa alemana es la variedad.

La creación del mercado único europeo en 1992 ha llevado a la instauración de una competencia económica primero entre las propias regiones alemanas (GRASSE, 2001: 79) y después con el resto de países. Del mismo modo, una mayor exigencia de igualdad entre las regiones (GRASSE, 2001: 78) ha hecho que desde el año 1997 se viniera exigiendo una profunda reforma de sistema administrativo alemán. Sin embargo, la multiplicación orgánica ya relatada, junto al crecimiento demográfico y, las nuevas relaciones con el sector privado ha deparado en los últimos años el cambio de la importancia de determinadas Administraciones federales en opinión del profesor Schefold (2013: 16), y la crisis actual que ha evidenciado las ineficacias económicas del sistema, ha desembocado en que esta reforma buscara una simplificación del organigrama público.

La acentuación de las privatizaciones en diversos sectores como el postal, ferroviario o de las telecomunicaciones ha sustraído competencias que antes estaban en manos de los entes locales. Del mismo modo, la transformación de determinados órganos públicos en agencias como el Instituto Federal del Trabajo¹⁰, es otro ejemplo del descenso de la importancia de la Administración en determinados sectores sociales.

En un principio la reforma de la República Federal iba a comenzar a nivel de los *Länder*, a través de la fusión de los más pequeños, pero la creación de otros nuevos en la Alemania occidental frustró esta posibilidad. Del mismo modo, pese a la reducción de los 24000 municipios, 425 *Kreise* y 139 *Kreisfreie Städte* en 1960 hasta llegar a 8500 municipios, 235 *Kreise* y 92 *Kreisfreie Städte*, se vio truncada con la anexión de la Alemania oriental y la creación de nuevos entes que derivó en que en el año 2011 se llegase a 11.292 ayuntamientos, 107 *Kreisfreie Städte*, 295 *Landkreise* (SCHEFOLD, 2013: 19) y 3 ciudades Estados (Berlín, Bremen y Hamburgo) (GRASSE, 2001: 103).

¹⁰ Anteriormente era un órgano perteneciente a la federación aunque descentralizado a niveles de los estados federados (*Länder*).

Otra propuesta de reforma fue la colaboración administrativa entre ayuntamientos. Sin embargo, esta propuesta ha sido ampliamente discutida, hasta llegar a la Corte Constitucional de Schleswig-Holstein, la cual finalmente decidió que la delegación de competencias municipales a entes creados a través de fusiones de municipios "no legitimadas directamente por ciudadanos, violaría... el principio democrático." (SCHEFOLD, 2013: 19).

Finalmente, se ha adoptado una reforma basada en el desarrollo de niveles secundarios de autonomía como el *Kreis*, entendiéndolo como nivel intermedio entre el *Regierungsbezirk* y el municipio, dotándolo de una mayor condición de centro de autogobierno y de la Administración consiguiendo así acentuar la descentralización del *Land*, y disminuyendo la fortaleza de otras Administraciones del nivel superior como es el citado *Regierungsbezirk* (SCHEFOLD, 2013: 21). A este respecto, han sido delegadas importantes competencias como la policía, la coordinación de las autonomías y de los ayuntamientos (SCHEFOLD, 2013: 22), que ha tenido consecuencias muy satisfactorias.

3.2 La redistribución competencial española.

Tras la STC español 103/2013, de 25 de abril, por la que se declaraba inconstitucional parte de la última reforma de la Administración local¹¹, y las medidas aconsejadas por la Unión Europea, España decidió acometer una nueva reforma para lo que acogió una línea similar a la alemana. En consecuencia las Cortes Generales aprobaron la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Con esta Ley, la nueva norma no ha realizado modificaciones sensibles en los órganos como sí se dio en la anterior reforma de 2003. Sin embargo, las Cortes Españolas sí realizan una amplia modificación de toda la Administración en niveles inferiores al autonómico, buscando un claro ahorro presupuestario, para lo cual opta en realizar un ajuste y redistribución de competencias que han pasado a las Autonomías o a las provincias. Del mismo modo, desarrolla la regulación de la

¹¹ La STC de 25 de abril de 2013 declaró inconstitucional parte de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de medidas de modernización del gobierno local.

delegación de competencias a la que la regulación de la Ley de bases del régimen local de 1985 dedicaba sólo los apartados 1 y 3 del artículo 7.

En cuanto a los municipios, la actual normativa ha cambiado la redacción del artículo 25 de la Ley de bases donde se ha eliminado competencias que pueden ejecutar los municipios, algunas a la Provincia y otras directamente a la Comunidad Autónoma. En este último caso, dejan de ser competencia de los municipios la cooperación con la Administración para sólo ejercer la vigilancia frente al absentismo escolar, o el control de medio ambiente rural conservando el medio ambiente urbano. A su vez, las competencias sobre servicios sociales¹², control sobre la alimentación y bebida, o mercados han sido también absorbidas por la Comunidad Autónoma.

De otro modo, la Provincia ha engrosado las competencias que ya tenía atribuidas con la coordinación de determinados servicios de Municipios que no superen los 20.000 habitantes en materias que antes eran propios de los Ayuntamientos, como son el tratamiento de residuos, agua potable, la limpieza viaria, acceso a poblaciones, pavimentación de calzadas o la iluminación viaria. En este caso, la Provincia hará una propuesta al Ministerio de Hacienda del modo como desarrollará el servicio, bien a través de la propia Diputación, bien por medio de una mancomunidad o consorcio (art. 26.2.2). La Corporación municipal pagará a la Provincia el coste del servicio prestado; pero, si un singular Municipio puede desarrollar el servicio con un ahorro mayor, la ejecución de la competencia se le atribuye a este último (art. 26.2.3). Este sistema competencial de "sube y baja" no nos parece muy serio y va en contra de la autonomía local defendida por la CE.

A su vez, se ha desarrollado el sistema de delegación competencial regulado en el artículo 27 de la Ley de bases del régimen local, según el cual, ahora la delegación deberá ser realizada por ley de las Cortes o del Parlamento autonómico en cuestión y sólo podrá delegarse ciertas competencias, relacionadas en el artículo 27.3 de la Ley de bases tras la reforma. Curiosamente, las competencias ahora delegables, se corresponden con las materias que antes tenían atribuidas los propios Municipios y se

¹² La Disposición Transitoria 2ª atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias de servicios sociales que antes tenían atribuidas los Municipios.

han re-centralizado ahora en el nivel regional. Algunas de estas competencias son: control de la contaminación ambiental, protección del medio ambiente rural, servicios sociales, creación y gestión de escuelas y guarderías¹³ y gestión de estructuras culturales y deportivas propiedad de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, el artículo 27.6 declara la nulidad de la delegación pese a realizarse por ley, si no ha ido acompañada de la correspondiente transferencia económica desde el presupuesto de la Administración que obre la delegación, debiendo ser hecha por un periodo nunca inferior a cinco años (art. 27.1.2 Ley de bases). Del mismo modo, se deroga el artículo 28 de la Ley de bases, por lo que se prohíbe que un Ayuntamiento ejecute competencias que no tiene expresamente atribuidas o delegadas, acabando así, con la atribución tácita competencial.

Así las cosas, la Ley 27/2013 ha modificado la regulación para la creación de nuevos municipios en su artículo 13. Esta reforma fue introducida en el debate parlamentario, ya que no constaba en el proyecto aprobado por el Consejo de Ministros. Según la nueva regulación se requiere para crear un municipio que tenga una población superior a cinco mil habitantes en el territorio, que tenga sostenibilidad económica, requiriendo los informes del Consejo de Estado o de la Región, de la Administración con potestad económica sobre el territorio, del Municipio del que depende el territorio que quiere segregarse, y de la Administración General del Estado.

Sí debemos añadir que, es de nuestra opinión que esta nueva normativa va contra la competencia exclusiva atribuida a las Autonomías que consagra en sus manos el desarrollo del régimen local en su territorio, previsto en los artículos 148.1.2º y 149.3 CE, concordantes, y en sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

En el mismo nivel de autonomía local, se reforma la posibilidad de fusión de municipios otorgando una nueva regulación que fue introducida en el debate parlamentario, desarrollando el régimen que estaba contemplado en el artículo 13.3 y que ahora viene modificado y desarrollado con la inclusión de los apartados 4, 5 y 6. Cuando la fusión de municipios se realice, los antiguos ahora unidos pueden mantener

¹³ Por la Disposición Adicional 15ª la creación y gestión de escuelas y guarderías pasa a ser competencia autonómica.

su existencia como entes infra-municipales pero sin personalidad jurídica (art. 13.4.2. c). Del mismo modo, esta nueva regulación puede atentar contra las competencias de desarrollo legislativo que tienen atribuidas las autonomías a través de sus Estatutos.

La última gran reforma territorial que ha hecho la Ley 27/2013 fue la derogación de los entes infra-municipales. En la legislación existente a nivel autonómico han recibido nombres muy diversos como pedanía, parroquia, aldea, etc. Sin embargo, a fin de tener un ahorro presupuestario de los municipios, el Legislador nacional ha decidido la supresión de este tipo de ente local per medio de la derogación expresa del artículo 45 que lo regulaba en la Ley de bases del régimen local. Esta previsión no venía en el proyecto aprobado por el Consejo de Ministros, sino que fue introducida en el debate parlamentario. Sí preveía la derogación de la personalidad jurídica de estos entes. El Legislador ha decidido trasladar la previsión de estos entes sin personalidad jurídica infra-municipales al artículo 24 bis. Pese a ello, la Disposición Transitoria 4ª reconoce todos aquellos entes locales infra-municipales existentes en el momento de la aprobación de la reforma y, que tenían personalidad jurídica propia.

Esta reforma tan incisiva además tenía previsiones presupuestarias y relativas al personal público, pero por no ser de interés en este punto no versamos sobre ello. Si bien, la reforma es bastante limitativa de la autonomía local y contra el desarrollo normativo de las autonomías y libre configuración de la Administración local. Por otro lado, se ha fortalecido la institución provincial, hasta ahora abocada a su desaparición, siguiendo un camino similar al alemán, al fortalecer una institución intermedia, pero diversa, disminuyendo la carga competencial de la institución situada a nivel mas inferior, y por tanto, más cercana al ciudadano.

3.3 La reciente reforma italiana.

La reforma de la organización administrativa italiana comenzó con el gobierno Monti, que aprobó el Decreto-Ley de 6 de julio de 2012, número 95 "di riordino delle province" y reconvertido en la Ley de 7 de agosto de 2012, número 135. Esta normativa buscaba la reducción del gasto en estos entes (art. 4 y 5) y la racionalización del patrimonio público (art.3). Del mismo modo, con esta regulación se pasaba de 86 a

51 provincias, con lo que además se suprimían los órganos de gobierno de las mismas¹⁴.

Estas medidas resultaron insuficientes, lo que llevó al Parlamento a aprobar la Ley de 7 de abril de 2014, número 56, sobre "disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni." Con ella se deroga la provincia, quedando a la espera de la reforma constitucional (VANDELLI, 2014: 47). En espera de esto, se opera una abolición de la Junta de la Provincia, y el presidente será un alcalde elegido entre sus iguales de los municipios de la demarcación. Del mismo modo, los miembros del consejo provincial ya no serán elegidos por los ciudadanos, sino que se copia el sistema español, pasando a ser los alcaldes y los consejeros del Ayuntamiento¹⁵ los que lo harán. Del mismo modo, Se refuerza las "unioni dei comuni" (VANDELLI, 2014: 48) y la utilidad de las ciudades metropolitanas y de los entes territoriales de área basta (VANDELLI, 2014: 42).

3.4 La reducción francesa del gobierno Holland.

Dentro de nuestro análisis, último caso sobre el que versamos es el francés. La actual crisis económica ha afectado recientemente a Francia, lo que ha llevado al Gobierno actual de Manuel Valls a adoptar una serie de medidas siguiendo las recomendaciones del informe de 2012 de la Unión (CABRERA, 2013: 78). Dentro del programa se contempló dar una nueva estructura regional al país, basada en la reducción del número de regiones desde las 22 existentes a 14¹⁶. Del mismo modo, dentro de este programa se propone la conexión e interrelación de ciudades y núcleos

¹⁴ AA. VV.; *Tagliate le Provincie: da 68 a 51*. Giornale La Stampa. 31-10-2012. Consultable en: <http://www.lastampa.it/2012/10/31/italia/politica/patroni-griffi-le-province-da-a-riduzione-scelta-irreversibile-l1ZttWVKvOgAZxaEolFLiK/pagina.html>. Última visita: 24/7/2015.

¹⁵ El "sindaco" se corresponden con el alcalde en el organigrama español y los "consiglieri comunali" son los concejales.

¹⁶ AA. VV.; *"Manuel Valls propone reducir a la mitad el número de regiones francesas."* Diario el Confidencial. Consultable en: http://www.elconfidencial.com/mundo/2014-04-08/manuel-valls-propone-reducir-a-la-mitad-el-numero-de-regiones-francesas_113688/. Última visita: 24/07/2015.

colindantes a fin de compartir servicios¹⁷, lo que supondría un ahorro considerable en competencias locales.

Así mismo, se ha incluido la supresión de los Consejos Generales Departamentales, creados por Napoleón. En la actualidad hay 101 departamentos con sus correspondientes consejos, y la pretensión del Gobierno es suprimirlos en su totalidad desde su aprobación hasta el año 2021¹⁸. Del mismo modo, se pretende elevar el número de habitantes exigidos para la unión de municipios hasta los 20 000¹⁹. Finalmente, con fecha de 2 de junio se presentó el nuevo mapa regional, aprobando en la Asamblea Nacional francesa la primera parte de su tramitación, que todavía continúa en el Parlamento francés²⁰.

4.- Conclusiones.

La situación económica europea ha conllevado a un programa de simplificación administrativa y redistribución competencial auspiciado por la propia Unión. Pese a ello, la realidad política y gubernativa de cada Estado favorece la existencia de una organización diversa en cada nación. Esta circunstancia conlleva la imposibilidad de implementar unas mismas medidas para todos los casos, habida cuenta la diversidad organizativa de unos países a otros.

La simplificación administrativa tiene desde luego, efectos positivos, tales como eliminar la disparidad, o facilitar al ciudadano encontrar la estancia adecuada, ayudándole a desenvolverse entre los organismos públicos, e identificar el órgano competente.

¹⁷ AA. VV.; *“Manuel Valls propone reducir a la mitad el número de regiones francesas.”* Diario el Confidencial. Consultable en: http://www.elconfidencial.com/mundo/2014-04-08/manuel-valls-propone-reducir-a-la-mitad-el-numero-de-regiones-francesas_113688/. Última visita: 24/07/2015.

¹⁸ QUIÑONERO, J. P.; *“Holland decide reducir de 22 a 14 el número de regiones en Francia”*. Diario ABC. Consultable en: <http://www.abc.es/internacional/20140602/abci-hollande-regiones-francia-201406022240.html>. Última visita: 24/07/2015.

¹⁹ QUIÑONERO, J. P.; *“Holland decide reducir de 22 a 14 el número de regiones en Francia”*. Diario ABC. Consultable en: <http://www.abc.es/internacional/20140602/abci-hollande-regiones-francia-201406022240.html>. Última visita: 24/07/2015.

²⁰ AA. VV.; *“Los diputados de Francia aprueban la reducción del número de regiones de 22 a 13”* Diario 20 Minutos. Consultable en: <http://www.20minutos.es/noticia/2200949/0/diputados-francia/aprueban-reduccion-regiones/de-22-a-13/>. Última visita: 24/07/2015.

Sin embargo, el anquilosamiento administrativo que ha sufrido Europa desde hace siglos ha sido una de las razones que se han dado por la doctrina para hacer ver la necesidad de actualización del sistema organizativo de cada Estado. De otro modo, la recentralización de competencias que promueve la Unión, y que está siendo aceptada de buen grado por los Estados miembros, no tiene en cuenta la diseminación poblacional de unos y otros países, lo que contribuirá a dificultar la relación entre los administrados y los Poderes Públicos.

Así mismo, la Unión obvia las peculiaridades organizativas e históricas de cada Estado que han contribuido a la conformación del actual sistema con el que se organizan. La imposición generalizada de una serie de consideraciones y medidas a todos los estados puede ser incluso contraproducente, dado que no se respetan las particularidades propias de cada Nación. Esta circunstancia consagra dichas medidas programáticas como erróneas dado que si bien, pueden conllevar al ahorro económico, conducen al distanciamiento entre ciudadanos y poderes públicos y dificulta los fines propios de la Administración avocada al servicio público.

En este sentido, no todas las medidas y tendencias impuestas sirven o pueden implantarse en todos los países europeos, y convendría tener en cuenta las diferencias organizativas a la hora de hacer recomendaciones organizativas por la parte de la Unión. Del mismo modo, cada Estado debiera tener la libertad de aceptar las medidas que desde la Unión se programasen. De tal modo que no puede imponerse una misma medida para países con sistemas muy divergentes.

Bibliografía consultada.

BASSANINI, Franco (1998); *Tendenze delle Riforme Amministrative*. Bologna: SPISA e Istituto Italiano di Scienze Amministrative.

BERARDI, Giovanna (2013); "Politiche comunitarie nell'ambito della spesa pubblica." En: *Stato e Regioni nella politica per il contenimento della spesa per la crescita*. Bologna: Bononia University Press.

CABRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús (2013); "Nuevos instrumentos para la Gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos-PDM". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Nº 44. Pp.63-100.

CASSESE, Sabino (1998); *Lo Stato italiano e la sua riforma*. Bologna: CLUEB.

CASSESE, Sabino (2000); "Per la nuova gestione Pubblica". En: GARDINI, Gianluca (Coord); *Modernizzare l'Amministrazione Pubblica. Il Libro Bianco del Regno Unito*. Bologna: CLUEB, Pp. 3-11.

CHITI, Mario P. (2003); *Mutazioni del Diritto Pubblico nello Spazio Giuridico Europeo*. Bologna: Editrice CLUEB.

DENNINGER, Erhard (1999); *1998: Tendenze del Federalismo in Germania*. Bologna: CLUEB.

EWING, K. D. (1999); *The funding of political parties: Europe and beyond*. Bologna: CLUEB.

FONT I LLOVET, Tomás (1998); *El Estado de las Autonomías en España: Reciente Evolución*. Bologna: Università di Bologna.

GRASSE, Alexander (2001); *Il sistema federale tedesco tra continuità e nuove dinamiche*. Bologna: Editrice CLUEB.

PIAZZA, Angelo (1999); *Stato e Prospettive delle Riforme Amministrative*. Bologna: Editrice CLUEB.

SCHEFOLD, Dian (2013); "Rechtsvergleichende Beiträge in Zeiten der Finanzkrise." En: *Deutsch-Italienische Studien*. Nº 3. Bremen, P. 5-22.

VANDELLI, Luciano (1991); "Origine e fondamenti del sistema amministrativo rivoluzionario-napoleonico". En: ROVERSI-MONACO, Fabio, y VANDELLI, Luciano (Coord.); *Diritti civili e istituzioni pubbliche a due secoli dal 1789*. Bologna: Editrice CLUEB. Pp.129-178.

VANDELLI, Luciano (2014); *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n.56 commentata comma per comma*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore.

VILELLA, Giancarlo (1994); *Un'idea di Europa per il prossimo millennio*. Urbino: Ed. Quattroventi.

VILELLA, Giancarlo (1998); *L'Administration supranationale dans son contexte Économique, le cas Européen*. Bologna: SPISA e Istituto Italiano di Scienze Amministrative.

WYPLOSZ, Charles (2012); *Macroeconomic Imbalances in the Euro Area*. Bruselas: Parlamento Europeo.

**B) ANÁLISIS PARTICUALRES DE ESTADOS
MIEMBROS**

**B) ANALISI PARTICOLARI SUGLI STATI
MEMBRI**

LE REGIONI A STATUTO SPECIALE NEL QUADRO DEI RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Luca Fanotto

Dottore di ricerca

Alma Mater Studiorum-Università di Bologna

Sommario:

- 1.- Dalla “cecità” alla “visibilità” del ruolo delle Regioni nella logica di multilevel government dell’Unione europea.
- 2.- La c.d. fase ascendente.
 - 2.1.- La partecipazione diretta.
 - 2.2.- La partecipazione indiretta.
 - 2.3.- Le Regioni a Statuto speciale nella fase ascendente del processo normativo dell’Unione: aspetti organizzativi e procedurali e casi di effettiva partecipazione.
- 3.- La c.d. fase discendente.
 - 3.1.- Le Regioni a Statuto speciale nella fase discendente del processo normativo dell’Unione: aspetti organizzativi e procedurali e casi effettivi di attuazione del diritto europeo.
- 4.- Considerazioni di sintesi.

Abstract in italiano

LE REGIONI A STATUTO SPECIALE NEL QUADRO DEI RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

La riforma del Titolo V della Costituzione italiana, varato con l'entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001, ha riconosciuto per la prima volta un ruolo autonomo alle Regioni nella partecipazione all'elaborazione ed all'attuazione del diritto dell'Unione europea e, più in generale, nei rapporti con i suoi organi e con gli Stati esteri. In particolare, la riforma costituzionale ha attribuito alle Regioni nuove competenze, ossia poteri di negoziazione e potestà legislative, in materia di rapporti internazionali e con l'Unione europea ed ha provveduto a riconoscere un potere estero delle Regioni, fino ad ora di esclusiva competenza dello Stato. Obiettivo della presente indagine risulta rappresentato dalla volontà di procedere all'analisi dell'approccio utilizzato nell'ambito del quadro sopra delineato dalle diverse esperienze regionali ad autonomia differenziata, sia con riferimento al profilo ascendente sia con riferimento a quello discendente, al fine di poter comprendere se nella prospettiva dei rapporti con l'ordinamento sopranazionale abbia ancora ragione d'essere una autonomia speciale nel contesto regionale italiano o la stessa rappresenti un modello per l'evoluzione del regionalismo.

Resumen en español

LAS REGIONES CON ESTATUTO ESPECIAL EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES CON LA UNIÓN EUROPEA

La reforma del Título V de la Constitución italiana, realizado con la entrada en vigor de la l. cost. n. 3/2001, ha reconocido por primera vez un papel autónomo a las Regiones en la participación para la elaboración y aplicación de la ley de la Unión Europea y, más en general, en las relaciones con sus órganos y con los Estados extranjeros. En particular la reforma constitucional ha atribuido a las Regiones nuevas competencias, o sea poderes de negociación y potestad legislativa, en las relaciones internacionales y con la Unión Europea y ha reconocido un poder exterior a las Regiones, poder que hasta ahora era de competencia exclusiva del Estado. El objetivo de este estudio es analizar el enfoque utilizado en el ámbito arriba delineado en las distintas experiencias regionales con Autonomía diferenciada, tanto con referencia al perfil ascendente como con referencia al perfil descendente, con el fin de poder comprender si desde la perspectiva de las relaciones con el sistema supranacional todavía tenga un sentido ser una autonomía especial en el contexto regional italiano o ella misma represente un modelo para la futura evolución del regionalismo.

Abstract in English

ITALIAN REGIONS WITH DIFFERENT LEVELS OF AUTONOMY IN RELATIONS WITH THE EUROPEAN UNION

The independent role of Italian Regions participating in the development and implementation of EU laws and, generally speaking, in their institutional relationships with foreign Countries, has been recognized for the first time by the reform of the Italian Constitution Chapter V, enacted with the Constitutional Law 3/2001. In particular, the Constitutional Reform has appointed the Regions to new powers, such as negotiation and legislative powers in the field of both International and European relations. Furthermore a "foreign power" of the Regions has been recognized, a power that was an exclusive responsibility of the State until that moment. Aim of this paper is to analyse the approach used by Italian Regions with different levels of autonomy, in order to understand if the special kind of autonomy held by some of them has still reasons for being.

1.- Dalla “cecità” alla “visibilità” del ruolo delle Regioni nella logica di multilevel government dell’Unione europea.

Alle origini della costruzione comunitaria, il processo di integrazione europea si è manifestato recessivo rispetto al ruolo delle autonomie territoriali presenti negli ordinamenti degli Stati membri¹. La “cecità regionale”² è stata determinata perlopiù dal fatto che le Comunità “vedevano” solo gli Stati, non risultando rilevanti ai fini organizzativi e decisionali le articolazioni istituzionali interne agli stessi³. Tuttavia, i percorsi di regionalizzazione iniziati a partire dagli anni ’70⁴, sul versante interno, assieme alle aperture del Consiglio dei Ministri ai governi regionali⁵ (art. 146 TCE, ora art. 16, comma 2, TUE), alla creazione del Comitato delle Regioni⁶ (art. 198A, ora art. 300, comma 3, e 305 ss. TFUE) e all’enunciazione del principio di sussidiarietà⁷ (art. 5 TCE, ora art. 5 TUE) volute dal Trattato di Maastricht, sul versante esterno, hanno prodotto rilevanti mutamenti di approccio da parte dell’ordinamento sovranazionale, che ha progressivamente ridotto la “provincializzazione” delle entità sub-statali. Inoltre, l’attuazione del diritto dell’Unione da parte delle Regioni e, più recentemente, la loro partecipazione all’elaborazione delle politiche europee hanno corretto la cecità originaria, contribuendo a rendere visibili le Regioni all’interno dell’ordinamento dell’Unione⁸.

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, segna il definitivo consolidamento del processo di riconoscimento delle autonomie territoriali. Le

¹ Si ricorda inoltre come, con la sottoscrizione dei Trattati istitutivi, solo la Germania e l’Italia presentassero un’articolazione interna in entità sub-statali.

² Cfr. IPSEN, 1966: 248-256.

³ In realtà, le ragioni dell’originaria assenza di uno spazio d’azione politico-amministrativo delle Regioni sono molteplici. Basti pensare, ad esempio, alla presenza di livelli di governo regionale solo all’interno di due esperienze statali (Italia e Germania), o alla caratterizzazione del diritto comunitario quale strumento finalizzato all’unitarietà e, all’inizio, all’uniformità. Conseguentemente, agli inizi le Regioni non hanno un ruolo proprio nell’ordinamento comunitario. Il Trattato istitutivo della CEE del 1957 non menziona le collettività territoriali. Per approfondimenti si veda per tutti D’ATENA, 2008.

⁴ A partire dagli anni ’70, è infatti venuto a crescere il numero degli Stati membri dotati di forme di decentramento politico/amministrativo, sia di matrice regionale (Portogallo, 1976; Spagna, 1978, Regno Unito, 1997) sia di matrice federale (Austria 1920; Belgio, 1993).

⁵ Cfr. CALIFANO, ALBANESI, 2012: 341 ss.

⁶ Cfr. TESAURO, 2012; COSTANZO, 2010: 451 ss.

⁷ Cfr. MEZZETTI, 2010: 100 ss.

⁸ Cfr. COSTANZO, 2011: 538 ss.; PAJNO, 2012: 330 ss.

modifiche introdotte risultano, infatti, di particolare rilevanza sotto il profilo della garanzia della partecipazione delle Regioni ai processi decisionali europei, quale declinazione funzionale del principio di “democrazia rappresentativa” (art. 10.1 TUE). L’art. 4, comma 2, TUE dispone come l’Unione rispetti l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, comprensiva del sistema delle autonomie locali e regionali⁹.

Le novità più importanti sono raffigurate dalla nuova disciplina della sussidiarietà e dal rafforzamento del ruolo del Comitato delle Regioni. In particolare, sotto il primo profilo, il protocollo sull’applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà richiede che, prima della proposizione di un atto legislativo, la Commissione effettui ampie consultazioni relative, se del caso, alla dimensione regionale e locale delle azioni da intraprendere (art. 2), consentendo così di valutare l’impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione da attuarsi eventualmente anche in sede regionale (art. 5). Inoltre, ciascun Parlamento nazionale (o ciascuna Camera parlamentare) è tenuto a consultare le Assemblee legislative regionali nelle materie trattate (art. 6). Sotto il secondo profilo, viene riconsociuto al Comitato delle Regioni, organo sino ad ora dalle funzioni meramente consultive, il potere di proporre ricorso alla Corte di Giustizia in caso di violazione del principio di sussidiarietà, qualora tale violazione sia dovuta ad atti normativi dell’Unione sui quali sia richiesta la sua consultazione (art. 8, comma 2).

Con un salto di qualità rispetto al passato, il Trattato di Lisbona riconosce piena dignità ai Parlamenti nazionali e alle autonomie territoriali nel complesso processo decisionale dell’Unione nell’ambito di una logica di mutuo scambio e di governo multilivello.

Obiettivo della presente indagine risulta rappresentato dalla volontà di procedere all’analisi dell’approccio utilizzato nell’ambito del quadro sopra delineato

⁹ Il valore delle identità regionali trova inoltre conferma nell’art. 13 TFUE, il quale dispone in sede di formulazione e di attuazione delle politiche nei settori dell’agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, come l’Unione e gli Stati membri debbano rispettare le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e i patrimoni regionali.

dalle diverse esperienze regionali ad autonomia differenziata, sia con riferimento al profilo ascendente sia con riferimento a quello discendente, al fine di poter comprendere se nella prospettiva dei rapporti con l'ordinamento sopranazionale abbia ancora ragione d'essere una autonomia speciale nel contesto regionale italiano o se la stessa, al contrario, possa oggi rappresentare un modello di riferimento per l'evoluzione del regionalismo in tale materia.

2.- La c.d. fase ascendente.

La partecipazione delle Regioni e delle Province autonome al processo decisionale dell'Unione europea, nell'ambito delle materie di loro competenza, risulta oggi garantita dalla previsione costituzionale contenuta nell'art. 117, comma quinto, a seguito della riforma costituzionale compiuta dalla L.cost.n. 3/2001, e disciplinata da un complesso di norme di attuazione sia di rilievo nazionale sia di rilievo regionale.

Sul versante nazionale, le procedure di partecipazione delle autonomie regionali sono disciplinate dalla L.n. 131/2003 e dalla L.n. 234/2012¹⁰, che ha abrogato la L.n. 11/2005 (c.d. Legge Buttiglione). La L.n. 131/2003 ha ad oggetto l'attuazione dell'art. 117, comma quinto, della Costituzione con riferimento alla partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alla c.d. fase ascendente del diritto dell'Unione, mentre la L.n. 234/2012 ha ad oggetto l'attuazione della stessa disposizione costituzionale con riferimento sia alla fase ascendente che a quella c.d. discendente del diritto dell'Unione.

La partecipazione alla fase di elaborazione del diritto dell'Unione avviene essenzialmente secondo due modalità. La prima è una modalità diretta (L.n. 131/2003), svolta all'interno del sistema istituzionale europeo e consistente nella partecipazione di rappresentanti delle Regioni al procedimento di adozione dell'atto finale nell'ambito delle delegazioni governative. La seconda è, invece, una modalità indiretta (L.n. 234/2012), svolta in ambito nazionale e consistente nel procedimento di definizione della posizione nazionale nella fase di elaborazione degli atti normativi dell'Unione.

¹⁰ Per approfondimenti sul punto si veda INGRAVALLO, 2013: 857 ss.

Le Regioni hanno integrato la normativa statale, disciplinando la materia all'interno dei propri Statuti e in atti regolamentari, oltre a dotarsi di specifiche leggi regionali di procedura inerenti le modalità organizzative interne per garantire la partecipazione alla formazione ed attuazione del diritto dell'Unione.

2.1.- La partecipazione diretta.

L'art. 5 della L.n. 131/2003 stabilisce la definizione delle modalità di individuazione dei rappresentanti regionali nelle delegazioni governative, nonché quelle per la designazione di un Presidente di Giunta regionale o di Provincia autonoma a capo della delegazione, nell'ambito di un accordo da definirsi in sede di Conferenza Stato-Regioni, nel rispetto di specifici criteri atti a garantire un equilibrio tra le aspettative delle Regioni ordinarie e quelle delle Regioni speciali al fine di assicurare l'unitarietà della posizione italiana nell'ambito del confronto istituzionale europeo.

L'accordo generale di cooperazione tra Governo e Regioni per la definizione concreta delle procedure per il coinvolgimento nella fase diretta è stato raggiunto nel marzo del 2006, ma per molto tempo è stato privo di seguito.

L'accordo stabilisce all'art. 2 che, nelle materia di competenza legislativa regionale¹¹, la delegazione del Governo presente all'interno del Consiglio comprenda un rappresentante delle Regioni a Statuto ordinario e un rappresentante delle Regioni a Statuto speciale e delle due Province autonome, mentre all'art. 3 che la delegazione del Governo all'interno dei gruppi di lavoro e nei comitati del Consiglio e della Commissione comprenda un esperto nominato dalle Regioni a Statuto ordinario e uno nominato dalle Regioni a Statuto speciale e dalle Province autonome.

Solo nella seconda metà del 2012 è stato acquisito in Conferenza Stato-Regioni l'elenco degli esperti regionali designati per la partecipazione alle attività dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione.

¹¹ È stato rilevato che in assenza di specificazione la locuzione ricomprenda sia quelle di competenza regionale esclusiva sia quelle concorrenti. Cfr. INGRAVALLO, 2013: 862.

2.2.- La partecipazione indiretta.

La partecipazione delle Regioni italiane alla fase ascendente di formazione del diritto dell'Unione non si esaurisce con la presenza di rappresentanti delle autonomie territoriali all'interno della delegazione Governativa presente al livello delle istituzioni sovranazionali, ma prevede anche un indiretto coinvolgimento delle stesse nella determinazione governativa della posizione italiana su gli atti di diritto europeo.

Sotto un profilo organizzativo, la L.n. 234/2012 ha sensibilmente modificato la precedente disciplina contenuta nella c.d. Legge Buttiglione (L.n. 11/2005). In particolare, una prima novità risulta rappresentata dal "Comitato interministeriale per gli affari europei" (CIAE), che ha sostituito il precedente "Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei" (CIACE), quale organo di coordinamento per la definizione della posizione italiana nell'adozione degli atti europei e di puntuale adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione. L'art. 2, co. 2, rende oggi obbligatoria la partecipazione del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome o di un suo delegato nel momento in cui vengono affrontate questioni di carattere regionale¹². Una seconda novità risulta altresì offerta dalla conferma dell'organo tecnico, istituito presso il Dipartimento delle politiche europee della Presidenza del Consiglio e ribattezzato "Comitato tecnico di valutazione degli atti dell'Unione europea"¹³, quale organo di assistenza del CIAE e chiamato a svolgere un ruolo preparatorio e di coordinamento, nel quadro degli indirizzi del Governo, della predisposizione della posizione italiana nella fase della formazione degli atti normativi dell'Unione. La nuova normativa, differentemente dal passato, non richiede più che lo stesso sia integrato dalla presenza degli assessori regionali o da loro delegati, ma da un rappresentato indicato da ciascun Presidente di Regione o Provincia autonoma, stabilendo altresì come, nel momento in cui si discuta su questioni di carattere regionale, sia assicurata alle sue riunioni la presenza, in qualità di osservatori,

¹² Precedentemente la Legge Buttiglione prevedeva una partecipazione meramente facoltativa.

¹³ Precedentemente denominato "Comitato tecnico permanente" dalla Legge Buttiglione, lo stesso risultava composto da direttori generali o alti funzionari con qualificata specializzazione in materia, designati da ognuna delle amministrazioni del Governo e coordinato dal Ministro per le politiche comunitarie o da un suo delegato. Oggi l'art. 19 della legge 234/2012 prevede la presidenza e il coordinamento in capo alla Segreteria del CIAE.

di alcuni rappresentanti della Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome.

Sotto un profilo funzionale, i principali strumenti diretti a garantire il coinvolgimento delle Regioni nel procedimento per la formazione della posizione nazionale da sostenere a livello europeo possono essere essenzialmente ricondotti a tre: a) la possibilità di trasmettere osservazioni non vincolanti al Governo¹⁴; b) il meccanismo dell'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni¹⁵; c) la riserva di esame su richiesta della Conferenza Stato-Regioni¹⁶.

La L.n. 234/2012 ha in gran parte confermato le scelte operate dalla precedente Legge Buttiglione in relazione agli strumenti sopramenzionati, anche se con qualche parziale modifica. In particolare, si sottolinea come, con riferimento al primo di cui alla lett. a), l'art. 24 della L.n. 234/2012 abbia portato il termine da venti a trenta giorni per trasmettere osservazioni da parte delle Regioni e delle Province autonome al Presidente del Consiglio o al Ministro per gli affari europei e, per conoscenza, alle Camere, alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e alla Conferenza dei Presidenti delle loro Assemblee legislative. L'ampliamento del termine da venti a trenta giorni è stato altresì previsto anche per gli strumenti di cui alle lett. b) e c).

¹⁴ L'art. 24 della L.n. 234/2012 impegna il Governo a trasmettere alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e alla Conferenza dei Presidenti delle loro assemblee i progetti di atti legislativi europei e i loro atti preparatori, affinché gli stessi siano poi posti all'attenzione dei rispettivi esecutivi ed alle Assemblee legislative.

¹⁵ L'art. 24, co. 4, della L.n. 234/2012, confermando la procedura già precedentemente prevista dalla Legge Buttiglione, stabilisce come, qualora un progetto di atto normativo dell'Unione europea riguardi una materia attribuita alla competenza legislativa delle Regioni o delle Province autonome e una o più Regioni o Province autonome ne facciano richiesta, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro da lui delegato convoca la Conferenza permanente per i rapporti con lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, ai fini del raggiungimento dell'intesa di cui all'art. 3 del d.lgs. 281/1997.

¹⁶ L'art. 24, co. 5, della L.n. 234/2012 prevede inoltre un meccanismo già stabilizzato nella precedente Legge Buttiglione e rivolto ad apporre un riserva in sede di Consiglio dell'Unione europea, qualora ne faccia richiesta la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome. In questo caso, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei è tenuto a comunicare alla Conferenza di aver apposto una riserva di esame in sede di Consiglio dell'Unione europea. Decorso il termine di trenta giorni dalla predetta comunicazione, il Governo può procedere anche in mancanza della pronuncia della predetta Conferenza alle attività dirette alla formazione dei relativi atti dell'Unione.

2.3.- Le Regioni a statuto speciale nella fase ascendente del processo normativo dell'Unione: aspetti organizzativi e procedurali e casi di effettiva partecipazione.

La partecipazione delle Regioni e delle Province autonome al processo decisionale europeo non è stata garantita solo dalle previsioni normative di origine sopranazionale e di origine interna statale, ma ha imposto specifici interventi di carattere integrativo di rilievo regionale, atti a meglio definire le procedure più conformi a ciascun sistema organizzativo.

Dall'analisi delle molteplici normative regionali è possibile evincere come risulti prevalente la scelta organizzativa verso un modello che prevede un maggior coinvolgimento delle Assemblee legislative, non mancando tuttavia casi di equiordinazione tra Giunte e Consigli¹⁷, soprattutto alla luce dei risicati tempi di azione.

Sotto il profilo delle fonti, non tutte le Regioni hanno seguito il medesimo percorso: *a)* in alcuni casi le modalità di organizzazione interna e le regole di procedura per la partecipazione al processo decisionale dell'Unione sono state stabilite direttamente negli Statuti¹⁸; *b)* in altri casi all'interno dei regolamenti delle Assemblee regionali; *c)* in altri casi ancora in apposite norme organiche.

Le Regioni a Statuto speciale¹⁹, come la maggior parte delle Regioni ordinarie²⁰, sono venute a dotarsi di una legge organica di procedura, che concorre con i regolamenti interni delle Assemblee alla regolamentazione delle modalità di partecipazione sia alla fase ascendente sia a quella discendente del diritto dell'Unione. Tuttavia, tali normative, con riferimento ai singoli momenti in cui si viene ad articolare

¹⁷ Come nei casi di Veneto, Marche, Puglia, Basilicata, Abruzzo, Molise.

¹⁸ Non è il caso delle Regioni a Statuto speciale, che non contengono alcun riferimento ai rapporti con l'Unione europea.

¹⁹ La Regione Friuli Venezia Giulia con la L.R.n. 17/2007 (legge statutaria), che ha modificato la precedente L.R.n. 10/2004; la Regione Valle D'Aosta con la L.R.n. 8/2006; la Regione Sicilia con la L.R.n. 10/2010; la Regione Sardegna con la L.R.n. 13/2010.

²⁰ Ad esempio in Liguria, Emilia-Romagna, Marche, Lombardia, Puglia, Abruzzo, Umbria.

la fase ascendente²¹, non introducono regole realmente puntuali sotto il profilo procedurale²², salvo il caso del Friuli Venezia Giulia.

La Regione Friuli Venezia Giulia, con la L.R. n. 17 /2007 (legge statutaria), relativa alla definizione della forma di governo e del sistema elettorale regionale, ai sensi dell'art. 12 dello Statuto di autonomia, ha provveduto a delineare il ruolo del Consiglio regionale nell'ambito "comunitario", prevedendo la trasmissione al Consiglio regionale dei progetti di atti dell'Unione di interesse regionale, nonché degli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e delle loro modificazioni, nonché dei documenti di consultazione predisposti dalla Commissione, sui quali la Giunta regionale intende esprimersi (art. 17).

L'art. 17 della legge statutaria aggiunge, altresì, alla conoscibilità degli atti che devono essere trasmessi al Consiglio, la conoscibilità dell'attività svolta dalla Giunta e dal Presidente della Regione, il quale deve riferire annualmente al Consiglio sui temi di maggior interesse regionale decisi o in discussione nell'ambito dell'Unione, oltre, sulle risultanze delle riunioni del Consiglio dei Ministri dell'Unione europea.

Sui progetti e atti dell'Unione, nonché sui temi di maggior interesse regionale, il Consiglio regionale può formulare osservazioni e adottare ogni opportuno atto di indirizzo alla Giunta. Inoltre, il Presidente della Regione è chiamato ad informare tempestivamente il Consiglio regionale sulle proposte e sulle materie relative alla formazione del diritto dell'Unione, che risultino inserite all'ordine del giorno delle riunioni del Governo e del Consiglio dei Ministri dell'Unione europea alle quali prenda parte.

Inoltre, l'art. 191 del Regolamento consiliare²³ affida alla V Commissione permanente una funzione di rilievo, non meramente propositiva nei confronti del Consiglio regionale. La Commissione può infatti formulare osservazioni ed adottare

²¹ Dalla formazione della posizione regionale su un atto (o proposta) dell'Unione, sino ai negoziati con il Governo, ai fini della formazione della posizione italiana, alla richiesta regionale di convocazione della Conferenza Stato-Regioni per il raggiungimento dell'intesa e l'eventuale richiesta dell'apposizione della riserva di esame da parte della Conferenza.

²² Non si rinvergono, infatti, particolari obblighi informativi delle Giunta, o del Presidente, nei confronti del Consiglio, o di una specifica attività di indirizzo di quest'ultimo nei confronti della prima.

²³ In vigore dal 13 novembre del 2007.

risoluzioni per definire gli indirizzi relativi alla posizione della Regione nell'ambito del processo di formazione degli atti dell'Unione. Sui progetti di atti dell'Unione, può altresì, entro sette giorni dall'assegnazione, deliberare la trasmissione di osservazione ai competenti organi statali.

A parte il caso della Regione Friuli Venezia Giulia, l'attività di indirizzo nelle altre Regioni è prevista piuttosto in modo molto generale, da parte del Consiglio nei confronti della Giunta.

Con riferimento alla fase ascendente diretta si evidenzia come non risulti sino al 2013, né da parte delle Regioni a Statuto ordinario né da parte delle Regioni a Statuto speciale, alcun caso di partecipazione di esperti regionali ai gruppi di lavoro ed ai comitati del Consiglio e della Commissione, nonostante l'acquisizione dell'elenco in Conferenza Stato-Regioni, che dovrebbe costituire il presupposto per l'avvio di una sistematica partecipazione regionale a tale fase.

Sul versante della partecipazione regionale alla fase ascendente indiretta solo alcuni Consigli regionali di alcune Regioni a Statuto ordinario hanno inviato osservazioni al Presidente del Consiglio dei Ministri²⁴.

3.- La c.d. fase discendente.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, nelle materie di loro competenza, provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza (art. 117, co. 5, Cost.)²⁵.

Le modalità relative alla partecipazione regionale alla fase discendente del processo decisionale europeo sono disciplinate oggi dalla L.n. 234/2012, che ha sostituito la c.d. Legge Buttiglione. L'attuazione deve essere tempestiva, in quanto la

²⁴ Su questi ultimi profili si veda più ampiamente il Rapporto sulla legislazione regionale del 2013 in <http://www.parlamentiregionali.it/rapportilegislazone/index.php>.

²⁵ Cfr. Bocci (2002): 41 ss.

mancata adozione del provvedimento espone lo Stato alle procedure di infrazione previste nei Trattati.

L'ordinamento sopranazionale si rivolge agli Stati membri non curandosi del riparto interno delle competenze legislative ed amministrative, stabilito da ciascun ordinamento costituzionale. La L.n. 234/2012, come precedentemente la L.n. 11/2005, in attuazione del comma quinto dell'art. 117 Cost., si preoccupa quindi non solo di garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione da parte degli organi statali, nelle materie di competenza statale, ma anche di predisporre adeguati strumenti per garantire il puntuale adempimento da parte delle Regioni e delle Province autonome, anche attraverso meccanismi di carattere sostitutivo (art. 41).

In particolare, l'art. 40 della L.n. 234/2012 attribuisce alle Regioni e alle Province autonome il potere di dare immediata attuazione alle direttive europee nelle materie di propria competenza, sia concorrente sia esclusiva, senza quindi attendere l'intervento da parte dello Stato. Il comma 4 stabilisce, inoltre, come per le direttive, nelle materie di cui all'art. 117, co. 2, Cost., il Governo debba indicare i criteri e formulare le direttive alle quali si debbano attenere le Regioni e le Province autonome ai fini del soddisfacimento delle esigenze di carattere unitario, del perseguimento degli obiettivi della programmazione economica e del rispetto degli impegni derivanti dagli obblighi internazionali, mentre l'art. 43 prevede comunque il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti degli enti inadempienti.

3.1.- Le Regioni a statuto speciale nella fase discendente del processo normativo dell'Unione: aspetti organizzativi e procedurali e casi effettivi di attuazione del diritto europeo.

Le Regioni possono stabilire uno specifico procedimento interno diretto a fissare le modalità di attuazione del diritto dell'Unione europea. Dalla riforma costituzionale del 2001 ad oggi, quasi tutte le Regioni hanno provveduto inserendo alcune disposizioni nell'ambito della propria legislazione statutaria o all'interno di leggi ordinarie, aggiornando i regolamenti consiliari o adottando atti amministrativi diretti a disciplinare aspetti organizzativi o procedurali.

A differenza delle Regioni ad autonomia differenziata che non hanno rivisto i propri Statuti, escludendo così ancora oggi qualsiasi riferimento ai rapporti con l'Unione europea e al recepimento dei relativi atti, le Regioni ordinarie hanno provveduto in vario modo ad introdurre nei rispettivi Statuti norme volte ad indicare non solo, in via espressa, il rapporto con l'Unione europea, ma anche a disciplinare le modalità di attuazione del diritto sovranazionale all'interno dell'ordinamento regionale²⁶.

Molte Regioni si sono dotate con legge ordinaria di una "legge di procedura"²⁷, che individua nella "legge comunitaria regionale" (oggi meglio detta legge regionale europea) lo strumento privilegiato per l'attuazione e l'esecuzione degli atti normativi dell'Unione. Tra le Regioni ordinarie si possono menzionare l'Emilia-Romagna (L.R. 16/2008), la Basilicata (L.R. 31/2009), la Calabria (L.R. 3/2007), le Marche (L.R. 14/2006), l'Umbria (L.R. 23/2007), la Lombardia (L.R. 17/2011), il Molise (L.R. 32/2008), la Puglia (L.R. 24/2011), la Toscana (L.R. 26/2009), l'Abruzzo (L.R. 22/2009 come modificata dalla L.R. 37/2012), il Veneto (L.R. 26/2011), mentre tra le Regioni a Statuto speciale rilevano il Friuli Venezia Giulia (L.R. 10/2004, come modificata dalla L.R. 13/2009), la Valle D'Aosta (L.R. 8/2006), la Sicilia (L.R. 10/2010) e la Sardegna (L.R. 13/2010).

Risulta significativo notare come ancora oggi il Trentino Alto-Adige e le Province autonome di Trento e Bolzano non si siano dotate di leggi di procedura, provvedendo al recepimento del diritto dell'Unione con gli strumenti ordinari. In particolare, l'art. 26, co. 3, lett. k), della legge di contabilità provinciale (L.P. 7/1979), indica fra i contenuti della legge finanziaria provinciale le norme di modifica o integrazione testuale delle leggi vigenti finalizzate ad adeguarle alle "norme comunitarie", al fine di disciplinare gli effetti finanziari. L'attuazione del diritto

²⁶ Sotto questo profilo, in alcuni casi è possibile trovare Statuti che contengono esclusivamente norme generiche o enunciazioni di principio (Puglia). In altri casi è possibile riscontrare riferimenti al recepimento diretto degli atti dell'Unione, senza tuttavia alcuna regolamentazione in relazione agli aspetti procedurali (Calabria, Toscana, Marche, Umbria, Campania, Liguria, Emilia-Romagna). In altri casi ancora è, invece, possibile rintracciare espressamente un riferimento alla "legge comunitaria regionale" (Lazio, Lombardia, Piemonte, Veneto, Molise, Abruzzo).

²⁷ Cfr. Odone, 2007: 329 ss.

dell'Unione avviene pertanto all'interno della sessione annuale di bilancio e con lo strumento della legge finanziaria provinciale. Ovviamente, eventuali modifiche ed integrazioni di leggi provinciali in attuazione del diritto dell'Unione possono essere introdotte anche mediante leggi provinciali di settore.

Tutte le leggi di procedura, volte a regolamentare la legge regionale europea, prevedono la periodicità annuale. In particolare, il progetto di legge regionale europea deve essere presentato al Consiglio regionale entro un determinato termine, che varia dal 31 gennaio (Lombardia) al 1° luglio (Molise). Solo in alcuni casi, vi sono Regioni che hanno stabilito una data entro la quale il Consiglio regionale deve approvare la legge (Abruzzo, Molise, Lombardia, Umbria). Inoltre in molte Regioni è la Giunta ad avere il potere di iniziativa legislativa (Friuli Venezia Giulia, Valle D'Aosta, Sicilia, Abruzzo, Veneto, Toscana, Umbria, Puglia, Calabria, Marche, Molise, Basilicata).

Con riferimento all'*iter* legislativo, in molte Regioni è prevista una apposita "sessione comunitaria" nell'ambito della quale deve essere esaminato il "progetto di legge comunitaria" da parte del Consiglio (Valle D'Aosta, Sardegna, Veneto, Puglia, Abruzzo, Emilia-Romagna, Basilicata, Marche, Lombardia, Molise). In alcuni casi la "sessione comunitaria" si rivolge anche ai lavori della Giunta (Calabria, Campania). In occasione della "sessione comunitaria" il Consiglio esamina la relazione sullo stato di conformità dell'ordinamento regionale all'ordinamento dell'Unione, trasmesso dalla Giunta, e procede all'esame del "progetto di legge comunitaria" regionale.

La "legge comunitaria regionale" ha un contenuto obbligatorio, in analogia con quanto disposto per la "legge comunitaria statale" (oggi "legge europea"). In particolare deve prevedere: disposizioni modificative o abrogative di norme legislative in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione; disposizioni per dare attuazione al diritto dell'Unione (direttive, sentenze della Corte di Giustizia, decisioni della Commissione europea); disposizioni per il completamento dell'attuazione dei regolamenti; disposizioni che autorizzano il Consiglio o la Giunta ad attuare le direttive in via regolamentare e/o amministrativa. In alcuni casi, vi sono Regioni che hanno aggiunto ulteriori elementi a carattere contenutistico: elenchi allegati degli atti normativi dell'Unione che non necessitino di recepimento (Sicilia, Valle D'Aosta, Puglia,

Calabria, Basilicata) e degli atti normativi dell'Unione attuati in via amministrativa e/o regolamentare dalla Giunta (Friuli Venezia Giulia, Sicilia, Valle D'Aosta); disposizioni per l'attuazione di programmi regionali cofinanziati dall'Unione europea (Valle D'Aosta, Emilia-Romagna, Abruzzo, Calabria, Lombardia).

Analogamente con quanto disposto a livello nazionale, nella relazione che accompagna il disegno di legge, la Giunta riferisce sullo stato di uniformità dell'ordinamento regionale al diritto dell'Unione e sulle eventuali procedure di infrazione a carico dello Stato per inadempienze regionali (Puglia, Marche, Lombardia, Molise).

Il rapporto sulla legislazione regionale del 2013, riepilogativo dei dati comunicati dalle singole Regioni, integrati con quelli riportati nella Relazione consuntiva sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea del 2012, conferma come le Regioni italiane siano attive nel recepimento del diritto dell'Unione.

Tuttavia, rispetto alla legge di adeguamento periodico, rimane privilegiato il ricorso ai tradizionali strumenti di attuazione. Basti pensare che nel 2012 solo il Friuli Venezia Giulia, la Valle d'Aosta, l'Abruzzo e il Veneto hanno approvato la legge europea regionale.

4.- Considerazioni di sintesi.

Risulta evidente come negli ultimi anni sia notevolmente accresciuto l'interesse delle Regioni verso la materia dei rapporti con l'Unione europea.

Tuttavia, la parte preponderante rimane ancora legata alla fase discendente del diritto dell'Unione, restando fortemente limitato il ruolo delle Regioni in grado di contribuire sistematicamente alla formazione della posizione nazionale, sia in termini numerici sia per possibilità di guidare la delegazione italiana nelle istituzioni europee. Sempre sotto il versante della partecipazione diretta nell'ambito della fase ascendente del diritto dell'Unione, è inoltre possibile rilevare una pressoché equiordinazione tra Regioni a Statuto speciale e Regioni a Statuto ordinario, soprattutto con riferimento alla composizione della delegazione governativa in seno alle istituzioni europee.

Con riferimento, invece, alla partecipazione indiretta, l'art. 2, co. 2, della L.n. 234/2012 rafforza il ruolo degli enti territoriali con la previsione della partecipazione obbligatoria, anche se numericamente limitata ad un solo membro, mentre la previsione della partecipazione al Comitato tecnico dei Presidenti delle Assemblee legislative si conferma come una scelta utile al fine di garantire un maggior coinvolgimento delle Assemblee, e non solo degli esecutivi, alla formazione della posizione italiana da portare a livello istituzionale europeo.

Al contrario, continua a rimanere problematica la presenza in concreto di un effettivo potere di controllo e quindi di partecipazione alla formazione del diritto dell'Unione, quando il numero di atti trasmessi da parte del Consiglio europeo e del Consiglio dei Ministri alla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome si aggira nell'arco delle migliaia ogni anno, visti anche i tempi ristretti per l'analisi stabiliti dalla normativa statale.

Allo stato attuale, non è quindi possibile ritenere che l'approccio intrapreso dalle Regioni a Statuto speciale, sia nell'ambito della fase ascendente sia in quello della fase discendente del diritto dell'Unione, possa costituire un vero e proprio modello per l'evoluzione del regionalismo sul particolare tema in esame. Salvo, infatti, il caso del Friuli Venezia Giulia, che risulta la prima Regione italiana ad essersi dotata di una legge di procedura, tesa ad individuare il metodo della legge regionale europea come vincente, al fine di garantire un periodico adeguamento dell'ordinamento regionale ai vincoli derivanti dall'Unione europea, le Regioni a Statuto speciale, anche alla luce delle recenti novità introdotte dalla L.n. 234/2012, sembrano aver assunto una posizione talvolta recessiva rispetto a quelle ordinarie in tale materia.

Riferimenti bibliografici

Bocci, Veronica E. (2002), "Il potere estero delle Regioni e la partecipazione alle politiche comunitarie". *Istituzioni del Federalismo*, n° 1, p. 29 ss.

CALIFANO, Licia – ALBANESI, Enrico (2012), “I rapporti di rilievo internazionale e comunitario”. In Califano, Salerno, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Marche*. Torino: Giappichelli, p. 341 ss.

COSTANZO, Pasquale (2010), “Unione europea ed autonomie territoriali”. In Costanzo, Mezzetti, Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*. Torino: Giappichelli, p. 451 ss.

D’ATENA, Antonio (2008), *Regionalismo e sovranazionalità*. Milano: Giuffrè.

D’ATENA, Antonio (2010), *Diritto regionale*. Torino: Giappichelli.

INGRAVALLO, Ivan (2013), “Recenti sviluppi in tema di partecipazione regionale alla fase ascendente del diritto europeo”. *Istituzioni del Federalismo*, n° 3, p. 857 ss.

IPSEN, Hans Peter (1966), “Als Bundesstaat in der Gemeinschaft”. *Probleme des Europäischen Recht. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, 1966, p. 248-256.

MEZZETTI, Luca (2010), “Principi costituzionali e forma dell’Unione”. In Costanzo, Mezzetti, Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*. Torino: Giappichelli, p. 71 ss.

ODONE, Cecilia (2007), “Regioni e diritto comunitario: il quadro delle norme di procedura e l’attuazione regionale delle direttive CE”. *Istituzioni del Federalismo*, n° 3/4, p. 328 ss.

PAJNO, Simone (2012), “Attività di rilievo internazionale e rapporti con l’Unione europea”. In Ruggeri, Verde, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*. Torino: Giappichelli, p. 314 ss.

TESAURO, Giuseppe (2012), *Diritto dell’Unione europea*. Padova: Cedam.

TRA SCILLA E CARIDDI: LE REGIONI TRA CRISI E RIFORME.

Francesca Minni

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario:

1. La lunga marcia delle Regioni.
- 2.- La crisi delle Regioni
- 3.- Lavori in corso: una nuova stagione delle riforme?
 - 3.1.- L'equilibrio di bilancio
 - 3.2.- Le “riforme” della Corte costituzionale
 - 3.3.- Il ddl di riforma costituzionale
- 4.- Dove vanno le Regioni?

Opere citate

Abstract in italiano

Il sistema delle autonomie territoriali e in particolare il regionalismo stanno attraversando, in Italia, una fase di profonda decadenza, che la crisi economica e le decisioni assunte in sede europea hanno senza dubbio acuito. A tali fattori per così dire “esogeni” non può tuttavia imputarsi la colpa originaria del fallimento del “progetto federale”, che va invece ricercata nelle scelte mai vincenti operate prima dal costituente e poi dai legislatori italiani negli anni. Non c’è dubbio che la crisi economica, imponendo all’Italia un ripensamento di tutto il sistema di gestione delle risorse pubbliche in un’ottica di drastico risparmio, abbattimento del debito pubblico e adempimento degli obblighi assunti in sede europea, abbia evidenziato i punti deboli di un sistema già alla deriva. La repentina presa di coscienza di una struttura delle autonomie mal funzionante, ha dato il via a un processo di ridefinizione del sistema che ridisegna le realtà territoriali e in particolare le Regioni, e al contempo dovrebbe permettere allo Stato di rispettare gli impegni finanziari e ridurre gli sprechi, per troppo tempo fuori controllo, delle risorse pubbliche.

In questo panorama, la sorte delle Regioni è a un bivio: il rilancio o l’abbandono definitivo del modello di Stato regionale. La riforma sull’equilibrio di bilancio del 2012 sembrava rilanciare le Regioni, attribuendo loro un ruolo di coordinamento delle risorse pubbliche degli enti territoriali al loro interno. D’altra parte, il disegno di revisione costituzionale Renzi-Boschi, in discussione alla Camera dei deputati, ne riduce significativamente la potestà legislativa. Entrambe, lasciano aperti molti dei problemi classici del regionalismo italiano, primo tra tutti la questione delle cinque Regioni speciali, ma se non altro, sembrano prendere atto che le Regioni non possono essere centri politici di governo di un sistema federale, ma più realisticamente costituiscono strutture periferiche di amministrazione di servizi e di gestione delle spese coordinate dal centro.

Resumen en español

El sistema de gobierno local y, en particular, el regionalismo en Italia están pasando por un período de profunda decadencia, que la crisis económica y las decisiones tomadas a nivel europeo, sin duda, han exacerbado. A estos factores "exógenos" no se les puede atribuir la culpa por el fracaso del "proyecto federal" original, sino que al contrario hay que buscarla en las decisiones antes del constituyente y luego de los legisladores italianos a lo largo de los años. No hay duda de que la crisis económica, que obligó a Italia a repensar todo el sistema de gestión de los recursos públicos para alcanzar ahorros drásticos, la reducción de la deuda pública y la aplicación de las obligaciones europeas, puso de relieve las debilidades de un sistema ya a la deriva. La toma de conciencia repentina que la estructura de las autonomías territoriales no funciona, puso en marcha un proceso de redefinición del sistema de los territorios y de las regiones, que al mismo tiempo debería permitir al Estado de cumplir con sus compromisos financieros y a la vez reducir los desperdicios, durante demasiado tiempo fuera de control, de los recursos públicos.

En este contexto, el destino de las regiones se encuentra en una encrucijada: la recuperación o el cese del modelo de Estado regional. La reforma constitucional de estabilidad presupuestaria de 2012 parecía explotar a las regiones, dándoles un papel en la coordinación de los recursos públicos de las autoridades locales. Por otro lado, la propuesta de enmienda constitucional Renzi-Boschi, que se está debatiendo en el Parlamento, reduce significativamente el papel de las regiones sobretodo con referencia a su poder legislativo. Ambas reformas dejan sin resolver muchos de los problemas clásicos de regionalismo italiano, en primer lugar la cuestión de las cinco Regiones especiales, pero si no otra cosa, parecen reconocer que las regiones no pueden ser centros políticos de gobierno de un sistema federal, sino que de manera más realista, podrían desempeñar el papel de estructuras de administración periférica de servicios y gestión de gastos, coordinadas por el Estado central.

Abstract in English

The Italian system of local government and, in particular, the model of regionalism is going through a period of deep decline, which has been undoubtedly exacerbated by the economic crisis and by the decisions taken at the European level. These so-called "exogenous" factors cannot be blamed for the failure of the original "federal project", which rather depends on the choices made by the constituent and by the Italian legislators over the years. There is no doubt that the economic crisis, forcing Italy to rethink the whole system of public expenditure management with a view to achieving drastic savings, reducing public debt and implementing its commitments with the European Union, have highlighted the weaknesses of an already adrift system. The sudden realization that the autonomies' structures do not work, has led to a process of redefinition of the system, reshaping the territories, and in particular regions, and allowing the State to meet its financial commitments seeking to reduce the waste of public sources, for too long out of control.

In this context, the fate of the regions is at a crossroads: what seems to be at stake is the revival or the cessation of the model of regional state itself. The 2012 constitutional reform, introducing the balanced budget principle seems to have revived the regions, giving them a role in the coordination of public resources among local authorities. On the other hand, the proposed constitutional amendment "Renzi-Boschi", currently being discussed in the House of Representatives, significantly reduces their role, especially with reference to their legislative power. None of these reforms solves the classic problems of Italian regionalism, first of all the issue of the five Special Regions, but at least, they seem to acknowledge that the regions cannot be political entities of government in a federal system, but more realistically they may represent peripheral structures for the administration of services and financial management, under the strict control of the State.

1. La lunga marcia delle Regioni.

Dove vanno oggi le Regioni? (BARBERA, 1976). A distanza di quarant'anni, non è ancora possibile dare una risposta definitiva, giacché la soluzione del quesito nel tempo è dipesa e mutata in funzione delle scelte politiche di volta in volta assunte dallo Stato (e poi dall'Unione europea): decisioni, queste, a loro volta fortemente condizionate dal contesto economico istituzionale contingente e dall'esigenza, tipica dello Stato sociale, di garantire uguaglianza ai cittadini nel godimento dei diritti "a prestazione" (GIUPPONI, 2014, 56). Così, la sorte del regionalismo, nel corso degli anni, si è apparentemente orientata verso direzioni molto diverse, dando seguito ora alle reclamate esigenze centrifughe di autonomia, ora alla tendenza centripeta intesa a soddisfare i diritti sociali in maniera non irragionevolmente differenziata nel territorio del Paese (BOLOGNA, 2010, 20), ora alle stringenti necessità di contenimento della spesa pubblica: le riforme adottate per trovare il punto di equilibrio tra tali contrapposte istanze, condizionano inevitabilmente le politiche di bilancio, alterando l'autonomia finanziaria degli enti territoriali in genere, e delle Regioni in particolare.

A ciò si aggiungono i vincoli europei che fin da Maastricht richiedono agli Stati Membri di adottare misure improntate alla sostenibilità della finanza pubblica, con parametri volti a contenere il *deficit* e l'indebitamento, ancora più penetranti a seguito della crisi economico-finanziaria: circostanza quest'ultima che ha determinato uno spostamento dell'asse mediano verso il controllo centralizzato delle risorse pubbliche, riacutizzando, per quanto riguarda l'Italia, la crisi del regionalismo (MORRONE, 2011, 3).

L'autonomia di governo regionale è fondata principalmente sulla capacità decisionale di ciascuna Regione di stabilire e perseguire proprie politiche di bilancio: tale obiettivo è realizzabile nella misura in cui l'ente disponga di risorse finanziarie proprie e sia libero di utilizzarle come meglio crede per il soddisfacimento dei diritti e degli interessi della popolazione residente nel territorio. Un simile impianto, tuttavia, non ha mai caratterizzato lo Stato regionale italiano, che, nemmeno alla luce delle più recenti riforme costituzionali, sembra indirizzato verso la piena autonomia territoriale. Risultava, infatti, chiaro fin dal principio come la Regione, lungi dall'essere ente politico autonomo nell'idea dei Padri costituenti (DESIDERI, 2015, 35), non avrebbe comunque

potuto svolgere un ruolo di governo in un sistema federale o, in ogni caso, fortemente regionalizzato, dal momento che non le venivano attribuite autonomia finanziaria, sia di entrata che di spesa, né una potestà legislativa ampia, tale da ricomprendere competenze anche in ambito tributario. In altre parole, la mera devoluzione di talune materie alla legge regionale e qualche funzione amministrativa, non potevano essere da sole il motore delle autonomie territoriali, senza assicurare ai governi regionali anche un'autonoma potestà decisionale sulle politiche di bilancio interno, da cui lo svolgimento dell'attività legislativa e amministrativa dipendono. Le soluzioni normative succedutesi quasi a pioggia, hanno determinato una situazione fumosa e indefinita, che, ben lungi dal rendere le Regioni finanziariamente indipendenti e autonome, di fatto ha prodotto un sistema assai complicato, estremamente oneroso per le casse dello Stato e generatore di inefficienze e sprechi: tanto che sempre più alcuni pretendono una riforma strutturale che ridisegni *ex novo* l'assetto territoriale del Bel Paese, facendo *tabula rasa* del labirinto legislativo esistente (SCACCIA, 2014, 5).

Il quadro di indecisione interna, sommato al rigido regime di *austerità* in cui versa, in ragione dei vincoli europei, l'Italia, ha determinato un spostamento continuo di interessi e obiettivi del legislatore per ciò che concerne i processi di decentramento, a fronte di un ritrovato od obbligato slancio nei confronti di misure di razionalizzazione delle risorse. Non c'è dubbio che il sistema delle autonomie territoriali stia attraversando, in Italia (ma non solo), una fase di profonda decadenza, che la crisi economica e le decisioni assunte in sede europea hanno senza dubbio acuito. Particolarmente determinante sulle politiche di bilancio italiane e sulle sorti dell'impianto delle autonomie territoriali, è il cd. Trattato sul Fiscal Compact, che ha richiesto agli Stati firmatari di introdurre in tempi rapidi all'interno dei propri ordinamenti limiti a spesa e investimenti e ha ribadito l'obbligo per le parti contraenti di ridurre il debito pubblico che ecceda i limiti stabiliti (RAFFIOTTA, 2013, 75). L'esigenza di un forte controllo ha così determinato un accentramento in capo allo Stato della gestione delle risorse economiche del Paese, con conseguente abbandono delle istanze federaliste in auge nel periodo pre-crisi.

2.- La crisi delle Regioni

Ai fattori per così dire “esogeni” non può tuttavia imputarsi la colpa originaria del fallimento del progetto “regionale”. Le ragioni, invero, sono quasi tutte interne.

In primo luogo la decisione iniziale della Costituente fu timidamente improntata alla valorizzazione delle autonomie territoriali. Prova di tale poca convinzione già in partenza è senza dubbio l’attuazione ritardata delle Regioni, solo a partire dagli anni ’70, e il mantenimento in capo allo Stato di ampi spazi di competenze legislative esclusive, ivi inclusa quella tributaria, che hanno determinato lo svilupparsi di uno Stato fortemente centralizzato (BARBERA, 1976, 20). Le Regioni avrebbero dovuto fungere da enti di governo per gestire il territorio, tuttavia alla scelta di una struttura regionale del Paese, non è seguita mai un’attuazione legislativa che dotasse tali enti territoriali di un’effettiva autonomia politica, cioè di un’attribuzione ampia di competenze legislative e autonomia finanziaria (MANGIAMELI, 2012, 5); d’altra parte, le riforme costituzionali succedutesi hanno saldamente mantenuto il controllo, in particolare per ciò che concerne la gestione delle risorse economiche, al centro (CAPRIO, 2008, 2). La stessa riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, non sposava fin nelle intenzioni un’idea di regionalismo improntato alla piena autonomia delle realtà territoriali: in particolare, con riferimento all’autonomia finanziaria, si mantenne un sistema tributario prevalentemente basato su istituzione e riscossione dei tributi a livello erariale, con una possibilità di manovra locale limitata a importi risibili, o alla modulazione predeterminata delle aliquote sulla tassazione nazionale. Tale sistema, che permane nella sostanza invariato a tutt’oggi, non è stato interessato da una modifica nemmeno ad opera della riforma nota alle cronache con il nome di “federalismo fiscale”: la figura dei “tributi propri derivati”, consacrata dalla legge 42/2009 e già anticipata dalla Corte costituzionale¹, non può dirsi risolutiva per superare l’*impasse*. Né le Regioni, né tantomeno gli altri enti locali godono di autonomia di entrata e di spesa, e il loro sistema tributario resta derivato. Nella legge delega sul federalismo fiscale e nei successivi decreti delegati mancano dunque gli

¹ Per un’evoluzione giurisprudenziale del concetto di tributo proprio derivato cfr. Corte cost. sentt. nn. 138/1999, 296/2003, 297/2003, 311/2003, 241/2004, 381/2004, 335/2005, 455/2005, 451/2007, 216/2009, 123/2010, 357/2010, 30/2012, 50/2012, 98/2012, 142/2012, 288/2012.

elementi essenziali di una vera riforma federale. Mancano perché sono le previsioni costituzionali che difettano, in primo luogo, del presupposto della pretesa autonomia (ANTONINI, 2014, 2).

A ciò si aggiunga che l'introduzione del Patto di Stabilità Interno², che coinvolge le Regioni e gli Enti locali nella condivisione degli obblighi di stabilizzazione della finanza pubblica assunti con l'adesione italiana al Patto di stabilità e crescita del 1997, e che costituisce l'insieme di disposizioni che determinano l'entità della manovra pubblica a carico degli enti decentrati e le modalità per raggiungere tale obiettivo, ha dotato il legislatore statale di uno strumento ulteriore per intromettersi nelle decisioni delle Regioni: potere di cui il Parlamento si è spesso servito con il *placet* pressoché costante della Corte costituzionale³, condizionando ampiamente la sorte dell'autonomia di spesa degli enti territoriali.

Neppure si è dato corso all'idea da tutti salutata come rivoluzionaria della riforma sul federalismo fiscale: l'introduzione del principio della spesa *standard* per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni. Il sistema di finanziamento degli enti territoriali prevede da sempre che sia lo Stato a elargire le risorse richieste, senza tuttavia che sia mai esistito un criterio efficiente che permettesse di verificare il buon utilizzo delle somme distribuite: il principio della spesa storica, tuttora applicato nonostante i tentativi di riforma, prevede, infatti, un finanziamento degli enti territoriali secondo la logica del "più spendi, più hai", che inevitabilmente comporta che l'ente, deresponsabilizzato nella gestione di risorse non proprie, sia portato a spendere sempre di più e male. Con la legge n. 42/2009 e i successivi d. lgs. 216/2010 e 68/2011, il legislatore mirava a creare un sistema volto a superare la spesa storica dei servizi e delle funzioni fornite al cittadino dagli enti territoriali attraverso la definizione, su base nazionale, dei costi *standard*: questi sarebbero dovuti divenire il parametro di riferimento, da un lato per consentire di individuare eventuali inefficienze e sprechi e, dall'altro, per garantire a tutti gli enti esattamente le risorse necessarie per quelle prestazioni loro attribuite nella garanzia dei diritti civili e sociali ai cittadini (ad

² Art. 28 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, legge Finanziaria 1999.

³ *Ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 4/2004, 260/2004, 169/2007, 120/2008, 269/2008, 284/2009, 155/2011.

esempio, salute, trasporti, ecc.). La riforma, peraltro, una volta completato l'iter attuativo, avrebbe attribuito allo Stato un penetrante strumento di verifica delle politiche di bilancio dei territori e dei relativi amministratori, che ai sensi di un altro decreto attuativo, il n. 149/2011, sarebbero stati soggetti anche a meccanismi sanzionatori e premiali del loro operato. Nonostante gli sforzi, il sistema ipotizzato per il reperimento degli standard è risultato forse troppo macchinoso, specie per quanto riguarda i costi delle Regioni, per le quali il processo di definizione degli *standard* in ambito sanitario ad oggi, a distanza di quasi 6 anni dalla legge delega e 5 dal decreto attuativo, non è stato nemmeno iniziato⁴. A ciò si aggiunge la parziale bocciatura da parte della Corte costituzionale del decreto relativo ai meccanismi sanzionatori e premiali per le amministrazioni territoriali, di tal che anche il processo di responsabilizzazione degli enti territoriali contenuto nel federalismo fiscale è sfumato⁵. Le Regioni, d'altra parte, pur avanzando istanze di autonomia, specie finanziaria, hanno spesso dimostrato di non gradire la correlata assunzione di responsabilità politico-amministrativa di decisioni, quelle in materia tributaria e fiscale, chiaramente impopolari per l'elettorato di riferimento, con la conseguenza che oggi, più che enti politici di governo territoriale, come tali in grado di assumersi il ruolo di

⁴ La Conferenza Unificata non si mette nemmeno d'accordo su quali debbano essere le tre regioni benchmark per il reperimento dei dati utili alla definizione degli standard.

⁵ Con la sent. 219/2013 la Corte ha giudicato illegittimo l'art. 1 del d.lgs. n. 149 del 2011 per contrasto con la legge delega 42 del 2009. Infatti, la disposizione censurata obbligava le Regioni a statuto ordinario a redigere una relazione di fine legislatura, che descrivesse dettagliatamente le principali attività normative e amministrative svolte durante la legislatura. A parere della Corte "la latitudine dell'oggetto proprio della relazione di fine legislatura impedisce di attribuire la previsione impugnata ad alcuna delle norme di delega su cui espressamente si fonda il d.lgs. n. 149 del 2011, ovvero agli artt. 2, 17 e 26 della legge n. 42 del 2009. In particolare, l'art. 2, comma 2, lettere h) ed i), della legge delega consente al Governo, sia di definire il termine entro il quale Regioni ed enti locali sono tenuti a comunicare i propri bilanci preventivi e consuntivi, sia di introdurre l'obbligo di pubblicarli «in siti internet». Si tratta di una previsione così dettagliata nell'oggetto, da non poter venire posta a fondamento di prescrizioni diverse da quelle indicate. Il legislatore delegato può emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo dei principi fissati dal delegante, e, se del caso, anche un completamento delle scelte compiute con la delega (*ex plurimis*, ordinanza n. 73 del 2012 e sentenza n. 293 del 2010), ma non può spingersi ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse. In particolare, il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo, quando quest'ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in campi più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega. La norma impugnata risponde ad una finalità di verifica e pubblicità sull'intera gamma delle attività regionali, di carattere normativo e amministrativo, così lata da coinvolgere, e potenzialmente incidere, l'intero fascio delle competenze costituzionali delle Regioni, il cui esercizio, nella maggior parte dei casi, è inevitabilmente connesso ad impegni di spesa".

coordinamento delle realtà locali, si potrebbero definire come centri di amministrazione di scelte assunte ad un livello superiore – sempre più non solo nazionale (BARBERA, 2013, 20).

Soprattutto nel ruolo di legislatore le Regioni non si sono dimostrate all'altezza delle aspettative nonostante la riforma del Titolo V: a distanza di quattordici anni dalla riforma del Titolo V del 2001 si può affermare che la Regione, non è un ente di legislazione, se non molto marginalmente, ma piuttosto un ente di spesa⁶ (oggi per lo più di spesa sanitaria) (SCACCIA, 2014, 5). È indubbio che la potestà legislativa delle Regioni sia stata fortemente circoscritta da una costante giurisprudenza della Corte costituzionale, complice anche una poco felice e lacunosa elencazione delle materie di competenza esclusiva dello Stato, che ha nella sostanza reintrodotta l'interesse nazionale che era stato abolito dal testo della Costituzione dalla riforma del 2001. Ciò è stato possibile attraverso un'attività interpretativa delle clausole di cui al secondo comma dell'art. 117 (la tutela della concorrenza, l'ordine pubblico, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'ambiente, i vincoli comunitari); attraverso il principio di sussidiarietà; attraverso la trasformazione delle materie di competenza esclusiva dello Stato in materie-valori (o materie-fini o materie-compito o addirittura materie non materie), in grado di tagliare trasversalmente le competenze regionali (*ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 282 e 407 del 2002, 259 e 272 del 2004, 232 del 2005) (BARBERA, 2013, 11). Le Regioni ormai legiferano su questioni marginali⁷, giacché le principali politiche pubbliche vengono disciplinate a livello nazionale se non addirittura sovranazionale (SCACCIA, *cit.*, 5).

Infine, le profonde differenze tra regioni, specie nel confronto tra Nord e Sud del Paese e senza dimenticare il diverso assetto legislativo, amministrativo e finanziario riservato a tutt'oggi alle cinque regioni a statuto speciale hanno reso difficile l'implementazione di un federalismo, anche di tipo cooperativo, come nelle intenzioni

⁶ Oggi per lo più di spesa sanitaria (cfr. VICECONTE, 2012, *passim*).

⁷ Secondo quanto riportato dall'osservatorio sulla legislazione regionale 2011 curato dall'Issirfa/Cnr, gli ambiti nei quali le Regioni hanno legiferato di più sono, in ordine quantitativo e con esclusione delle norme relative a profili istituzionali (personale e amministrazione): tutela della salute, protezione dell'ambiente e risorse idriche, territorio e urbanistica, servizi sociali, agricoltura, beni e attività culturali, commercio, turismo, caccia e pesca, opere pubbliche, trasporti.

del legislatore italiano: anche per questa ragione, si è arrestato il processo di definizione degli standard dei costi dei servizi essenziali per il superamento della spesa storica, dal momento che l'attuazione amplificherebbe gli squilibri, con conseguenze catastrofiche per la garanzia dei diritti sociali.

Non può, in proposito, dimenticarsi che una delle maggiori anomalie del regionalismo all'italiana è la presenza delle cinque regioni a statuto speciale che, per motivi differenti (storici, territoriali, linguistici e culturali), si sono viste riconoscere un impianto di competenze legislative e un livello di autonomia finanziaria che sfugge alla disciplina costituzionale prevista per le altre regioni e trova copertura nei singoli statuti di autonomia. In particolare, tali regioni godono da sempre di un notevole vantaggio sul piano finanziario rispetto alle altre, in quanto non solo possono contare su un gettito proveniente in maniera significativa dalla compartecipazione ai tributi erariali dello Stato, ma ad esse spetterebbe altresì la facoltà di ricorrere a tributi propri per coprire il fabbisogno necessario allo svolgimento delle funzioni loro attribuite. Di fatto, tuttavia, tale facoltà è stata assai poco utilizzata e, specie a seguito del processo di decentramento fiscale avviato alla fine degli anni Novanta a vantaggio di tutte le Regioni, risulta decisamente residuale. Nella pratica si è approdati a sistemi finanziari essenzialmente derivati e meno responsabilizzanti dal momento che, a fronte di una più ampia autonomia di spesa, essendo i proventi delle compartecipazioni liberi da vincoli di destinazione, non si è fatta seguire concretamente una più ampia responsabilità sul versante del reperimento delle risorse (MINNI, 2012, 637). Le cinque Regioni hanno mantenuto intatta la loro autonomia differenziata nel corso degli anni, sostanzialmente impermeabili alle riforme, complice una giurisprudenza di fatto protettiva della Corte Costituzionale. L'autonomia speciale anche in ambito finanziario trova copertura in funzione delle peculiari previsioni degli statuti che, approvati con legge costituzionale, prevalgono su qualsiasi intervento del legislatore ordinario, e costituiscono il limite all'ingerenza statale in nome del coordinamento della finanza pubblica va rinvenuto, (Corte cost. sentt. nn. 387 e 188 del 2007, 233 del 2006). Nonostante gli sforzi della Corte di assoggettare anche le Regioni speciali alle regole

generali di coordinamento della finanza pubblica⁸, la c.d. clausola di salvaguardia tradotta in legge all'art. 27 della legge 42/2009, ha comportato che le disposizioni di rango statutario assumessero «la funzione di generale limite» (sentenze n. 241 e n. 64 del 2012, n. 152 del 2011) per l'applicazione di norme che incidano sulla autonomia finanziaria delle Regioni a statuto speciale: essa infatti produce l'effetto di rendere le prescrizioni della legislazione statale applicabili agli enti ad autonomia differenziata, "solo a condizione che, in ultima analisi, ciò avvenga nel "rispetto" degli statuti speciali" (Corte cost. sent. n. 215 del 2013).

3.- Lavori in corso: una nuova stagione delle riforme?

3.1.- L'equilibrio di bilancio

Su questi presupposti, l'Europa e la crisi hanno imposto agli Stati Membri e all'Italia un ripensamento di tutto il sistema di gestione delle risorse pubbliche in un'ottica di drastico risparmio, abbattimento del debito pubblico e adempimento degli obblighi assunti in sede europea, abbia evidenziato i punti deboli di un sistema già alla deriva. Non è detto che tutto il male venga per nuocere: infatti, la veloce (e traumatica) presa di coscienza che la struttura delle autonomie, così come appare disegnata oggi, non funziona, ha portato la politica e la dottrina a riflettere per ridisegnare in modo organico, efficace e coerente il sistema, in modo che al contempo valorizzi le realtà territoriali, permetta allo Stato di rispettare gli impegni finanziari assunti a livello sovranazionale, e porti alla riduzione degli ingenti e inutili sprechi di risorse pubbliche. Certo è che le prime mosse sembrerebbero ricalcare il metodo attuativo "a cascata" o "per rinvio" che tanti problemi di chiarezza ha posto negli anni. Appare evidente, infatti, come il metodo attuativo generalmente adottato dal legislatore italiano, mediante provvedimenti normativi incompleti che rimandano l'attuazione delle riforme a ulteriori leggi o regolamenti, ha reso negli anni molto difficile, se non addirittura impraticabile il compito dell'interprete e degli stessi enti territoriali, impantanati in questo dedalo di riforme non sempre coerente, molto farraginoso e ben poco efficace (SALERNO, 2012).

⁸ *Ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 104, 79, 60, 51 e 28 del 2013, nn. 229 e 78 del 2011, n. 120 del 2008, n. 169 del 2007, n. 289, 190, 159, 120, 102 del 2008, n. 169 e n. 82 del 2007, n. 353 del 2004.

Su tali basi si è inserita una prima riforma costituzionale, in tema di equilibrio di bilancio, la quale tuttavia, sol che si pensi ai vincoli per le autonomie territoriali, contiene una serie di rimandi a successive normative, ad oggi peraltro non ancora in essere. L'aspetto senz'altro positivo è che la legge costituzionale 1/2012 sembra porre ad un livello inequivocabilmente sovraordinato le Regioni rispetto agli altri enti territoriali, rilanciando di fatto il regionalismo, anche se, forse, non proprio in un'ottica veramente federale. Le Regioni, infatti, sono chiamate dalla riforma non solo a rispettare gli obblighi di equilibrio di bilancio cui devono attenersi tutti gli enti territoriali nella stesura dei propri rendiconti finanziari, ma il nuovo art. 119 Cost. prima, e la legge 243/2012 dopo, sembrerebbero aver loro attribuito una funzione ulteriore che le pone a un livello intermedio, nella scala gestionale e decisionale, nel dialogo tra lo Stato e gli altri enti locali: quella, cioè, di contribuire a "tenere i cordoni della borsa" statale – autonomamente rispetto allo Stato e sostanzialmente in modo autoritativo rispetto agli enti locali – attraverso il coordinamento delle politiche di spesa al proprio interno (MORRONE, 2014, 85).

La legge 243/2012, approvata alla fine della XVI legislatura, è intervenuta, come previsto dalla legge costituzionale 1/2012, per meglio definire e sviluppare l'equilibrio di bilancio introdotto nella carta costituzionale. In particolare, con riferimento agli obblighi di Regioni ed enti locali, gli articoli 9, 10, 11 e 12 della legge prevedono la disciplina volta a definire cosa debba intendersi per equilibrio di bilancio degli enti territoriali, le modalità di ricorso all'indebitamento, i casi di concorso dello Stato ai livelli essenziali e alle funzioni fondamentali nelle fasi avverse del ciclo o al verificarsi di eventi eccezionali, nonché il concorso delle Regioni e degli enti locali alla sostenibilità del debito pubblico. Già dalle prime fasi di attuazione, con riferimento alla regolamentazione dell'equilibrio di bilancio per gli enti territoriali, saltano agli occhi le principali problematiche che la legge pone sia sul piano interpretativo che attuativo: l'art. 9, nella parte in cui definisce i criteri secondo cui i bilanci regionali e degli enti locali possano dirsi in equilibrio, presenta una formulazione complessa che si riferisce sia alle spese finali che a quelle correnti, sia per le voci di cassa che di competenza. La disposizione, che a prima vista comprime ulteriormente lo spazio dell'autonomia

finanziaria riservata agli enti territoriali, contiene già un'evidente criticità interpretativa giacché non spiega se l'equilibrio richiesto terrà conto di entrambi i parametri indicati presi singolarmente o si comporrà di una media dei due. Le previsioni della legge 243/2012 risultano peraltro incompatibili con quelle del Patto di Stabilità Interno (che per il periodo 2013-2015, per esempio, prevede che sia raggiunto un avanzo tra le entrate e le spese di competenza; BOGGERO, 2014, 98). Il medesimo articolo 9 prende in considerazione anche il caso in cui l'ente territoriale chiuda il bilancio in disavanzo, senza tuttavia chiarire in che modo l'inadempimento e la mancata assunzione di misure idonee a colmare il deficit saranno sanzionati da parte dello Stato. In proposito, la legge rinvia a un successivo provvedimento normativo, differendo a un momento successivo una scelta essenziale per il buon funzionamento del sistema delineato dalla riforma. Anche con riferimento ai successivi articoli, la normativa non è completa e rinvia a ulteriori interventi normativi (di natura legislativa e regolamentare) lo sviluppo delle capacità di indebitamento degli enti territoriali, del Fondo speciale e delle modalità di concorso alla sostenibilità del debito. Normativa che, complice anche il rinvio al 2017⁹ dell'attuazione della riforma, ancora non è stata approvata.

3.2.- Le "riforme" della Corte costituzionale

Non c'è dubbio che un significativo fattore che ha condizionato lo sviluppo del regionalismo è senza dubbio la giurisprudenza della Corte costituzionale che negli anni, e nel lungo silenzio del legislatore, ha contribuito a comprimere gli spazi delle autonomie, interpretando in maniera fortemente restrittiva le previsioni costituzionali. Il Giudice ha infatti optato per una linea di continuità rispetto all'interpretazione del quadro costituzionale previgente, improntato a un controllo al e dal centro delle politiche di entrata e di spesa territoriali. Attraverso il c.d. rovesciamento dell'enumerazione delle competenze, la Corte, individuando nella legislazione in tema di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario la condizione

⁹ Inizialmente l'art. 6 della l. cost. 1 del 2012 prevedeva l'applicazione della riforma a partire dall'esercizio finanziario 2014 e a tale data fanno riferimento le sentenze indicate. Tuttavia il DEF, approvato in data 14 ottobre 2014, ha tuttavia posticipato l'attuazione della riforma predetta all'esercizio finanziario 2017.

preliminare ai fini dell'attuazione dell'art. 119 Cost. e dell'intero Titolo V, ha ritenuto legittimi vincoli e limiti opponibili all'intera finanza pubblica in connessione ad istanze di carattere unitario e ai vincoli europei, di tal che tale attribuzione legislativa, mediante un'interpretazione finalistica ed espansiva, è divenuta una vera e propria materia trasversale nelle competenze concorrenti¹⁰.

La Corte costituzionale ha quindi contribuito significativamente a plasmare il regionalismo con le sue pronunce, intervenendo spesso a chiarire aspetti lasciati aperti dalle riforme costituzionali e legislative e a delimitare spazi che in prima battuta sembravano favorire l'autonomia regionale. A partire dal 2012 il Giudice delle leggi ha direttamente inciso sull'autonomia finanziaria e, in particolare sulla capacità di spesa delle Regioni, introducendo l'argomentazione che utilizza, quale parametro, l'obbligo di copertura finanziaria delle leggi previsto all'art. 81, quarto comma, nel testo previgente alla riforma costituzionale in tema di equilibrio di bilancio: essa, infatti, pur essendo già stata approvata, troverà applicazione solo a partire dall'esercizio finanziario 2017 (sentt. nn. 26 del 2013, 214 e 176 del 2012). Il principio della previa copertura della spesa in sede legislativa è – infatti – inderogabile e la forza espansiva dell'art. 81, quarto comma, Cost. “presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di invalidare tutti gli enunciati normativi che non sono coerenti con i principi della sana gestione finanziaria e contabile”¹¹. Diventa allora necessaria, ogni qual volta una legge implichi degli oneri, l'indicazione dei mezzi finanziari per farvi fronte, pena la violazione dell'obbligo costituzionale di copertura delle spese di cui all'art. 81 Cost., cui né il legislatore statale, né quello regionale possono sottrarsi (*ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 51/2013, 68/2011). Tale requisito ha determinato la dichiarazione di incostituzionalità di numerosissime leggi regionali sia quando nel riorganizzare o creare strutture amministrative omettevano di indicarne “il relativo organico e la disponibilità dei mezzi necessari per il loro funzionamento” (sentt. nn. 115 e 214 del 2012, 18, 28 e 51 del 2013), sia perché la Regione non aveva indicato risorse sufficienti (sent. n. 131 del

¹⁰ Cfr. sentt. nn. 60 del 2013, n. 229 del 2011, n. 179 del 2007, n. 267 del 2006 e n. 29 del 1995.

¹¹ Nello stesso senso anche Corte cost. sentt. n. 170 e 192 del 2012.

2012). Parimenti la Corte ha avuto modo di sindacare anche le decisioni prese dalle Regioni a statuto speciale, assoggettando anche la loro autonomia finanziaria alle logiche di necessaria copertura delle spese stabilite dall'art. 81 Cost. (in tal senso, sentt. 212 del 2012, 51 del 2013, 190 del 2014). Inoltre, secondo il cd, principio della autosufficienza della legge di spesa ai sensi dell'art. 81, quarto comma, Cost., gli oneri e le relative coperture finanziarie devono essere contestualmente indicati nella legge, escludendo la possibilità di rinvio ad altra fonte, sia pure legislativa, per la loro definizione (v. sentenze nn. 51 e 26 del 2013, nn. 214, 192 e 115 del 2012, n. 68 del 2011).

Nelle sentenze il parametro richiamato appare spesso integrato dalle previsioni di cui alla legge n. 196/2006 (Legge di contabilità e finanza pubblica)¹², che diviene norma interposta rispetto alla richiamata disciplina costituzionale. In particolare si richiama l'art. 19, comma 1, di tale legge, che specifica il precetto di cui all'art. 81, comma quarto, Cost. in relazione agli oneri a carico dei bilanci degli enti del settore pubblico, prevedendo che "le leggi e i provvedimenti che comportano oneri, anche sotto forma di minori entrate, a carico dei bilanci delle amministrazioni pubbliche devono contenere la previsione dell'onere stesso e l'indicazione della copertura finanziaria riferita ai relativi bilanci, annuali e pluriennali". La norma prescrive, cioè, quale presupposto della copertura finanziaria, la previa quantificazione della spesa o dell'onere, "per l'evidente motivo che non può essere assoggettata a copertura un'entità indefinita" (sentt. 181 del 2013 e 190 del 2014)¹³.

Ulteriore parametro strettamente connesso ai principi espressi dall'art 81 Cost., è senza dubbio il coordinamento finanziario di cui all'art. 117, terzo comma (ora secondo comma). L'equilibrio di bilancio indicato in costituzione si realizza sotto un profilo statico, che consiste nella parificazione delle previsioni di entrata e di spesa e uno

¹² Nelle decisioni della Corte vi sono inoltre riferimenti ad altre disposizioni legislative che contengono principi di finanza pubblica e che per questo sono richiamate come norme interposte nei giudizi: tra le altre il decreto legislativo 28 marzo 2000, n. 76 (Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208), il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 170 (Ricognizione dei principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici, a norma dell'articolo 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131) (sent. n. 118 del 2012), la legge statale n. 350/2003, la legge n. 133/2008 (sent. n. 70 del 2012).

¹³ Nello stesso senso, sent. n. 241 del 2013.

dinamico, che impedisce, in corso di esercizio, di superare gli stanziamenti indicati nel bilancio preventivo (sent. 70 del 2012). La loro combinazione protegge l'equilibrio tendenziale in corso di esercizio a condizione che le pertinenti risorse correlate siano effettive e congruenti. Il coordinamento finanziario risulta infatti inscindibilmente collegato alla disciplina delle regole di natura contabile che "nell'ambito della finanza pubblica allargata sono serventi alla funzione statale di monitoraggio e vigilanza sul rispetto dei complessivi obiettivi di finanza pubblica, cui le stesse Regioni concorrono" (ex plurimis, sentt. nn. 309 e 176 del 2012 e n. 52 del 2010)¹⁴.

Risulta molto interessante anche la – ancora esigua – giurisprudenza sulla riforma del pareggio di bilancio in particolare per ciò che concerne i rapporti della stessa con l'autonomia differenziata. Il Giudice delle Leggi pronunciandosi in materia sembra aver aperto una breccia nel loro inespugnabile sistema a parte. La c.d. clausola di salvaguardia, formalmente esplicitata all'art. 27 della legge 42/2009, ha svolto, per le Regioni a statuto speciale, la funzione di generale limite per l'applicazione delle norme che incidessero sulla loro autonomia finanziaria, rendendo le prescrizioni della legislazione statale applicabili agli enti ad autonomia differenziata, "solo a condizione che, in ultima analisi, ciò avve[nisse] nel "rispetto" degli statuti speciali"¹⁵. Con la recente sent. 23 del 2014 la Corte tuttavia sembra voler rimettere in discussione la partita della specialità, precisando che la previsione di cui all'art. 27 ha il rango di legge ordinaria, in quanto tale derogabile da atto successivo avente la medesima forza normativa; inoltre, in un contesto di grave crisi economica, quale è quello attuale, ha ammesso che il legislatore statale possa, in virtù del coordinamento finanziario, adottare misure di fatto riduttive delle attribuzioni delle autonomie speciali. A ulteriore supporto della propria tesi, la Corte precisa che, quando la legislazione statale intervenga per far fronte ai vincoli economici e finanziari derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e dall'equilibrio di bilancio, sono legittime previsioni anche molto dettagliate se connesse alla scelta normativa di fondo da "un evidente rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione"¹⁶. In maniera ancora più esplicita e

¹⁴ Nello stesso senso, sentt. nn. 51 del 2013, 40 e 141 del 2014.

¹⁵ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 215/2013, 241/2012, 64/2012 e 152/2011.

¹⁶ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 16/2010, 237/2009 e 430/2007.

pervasiva, con la n. 88 del 2014, la Corte Costituzionale si è trovata a valutare la legittimità degli articoli relativi alle autonomie territoriali della legge 243/2012, a seguito di un ricorso di alcune Regioni a statuto speciale, a parere delle quali la legislazione pregiudicherebbe la loro autonomia finanziaria, violerebbe l'ordine delle fonti normative e si porrebbe in contrasto con il principio di leale cooperazione. Con questa pronuncia viene confermata la "linea demolitoria" della specialità delle cinque Regioni, forte della fonte costituzionale (la legge cost. 1 del 2012) che ha legittimato il legislatore ad adottare i provvedimenti in tema di equilibrio di bilancio. Ciò in ragione del fatto che le logiche di tale riforma, legate a esigenze di solidarietà ed eguaglianza, alla luce delle quali ogni ente territoriale (e quindi tutti i cittadini) deve partecipare ai sacrifici necessari ad assicurare la sostenibilità del debito pubblico, insieme all'esigenza di unità economica e giuridica dell'ordinamento, non possono ammettere differenza di trattamento. A maggior ragione se i provvedimenti in tal senso trovano fondamento in una legge costituzionale che, essendo di pari rango con gli Statuti speciali, prevale sugli stessi, non solo per argomentazioni che attengono alla materia dell'equilibrio di bilancio, ma anche per mera applicazione dei criteri di risoluzione delle antinomie normative. Più di recente la Corte è nuovamente intervenuta con una serie di pronunce attraverso le quali si stabilisce che anche le cinque regioni speciali possono essere assoggettate con legge ordinaria dello Stato all'adempimento di vincoli finanziari per far fronte alla "emergenza finanziaria" anche laddove non siano state rispettate, per ragioni di contingenza, le procedure "pattizie" ispirate al principio di leale collaborazione, secondo cui lo Stato dovrebbe procedere a stabilire nuovi contributi previo accordo sancito tra le autonomie speciali in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano (sentt. 19, 46 e 77 del 2015). In altre parole, pur rimanendo ferma la regola secondo cui la legge ordinaria non può derogare a quanto previsto dagli statuti speciali, che sono fonte di rango costituzionale (sent. 77 e 125 del 2015), i Giudici hanno chiarito che il principio di leale collaborazione non costituisce un obbligo di risultato, ma indica solamente un metodo procedurale in base al quale, in tempi ragionevolmente brevi, "le parti devono porre in essere un confronto realmente

orientato al superiore interesse pubblico di conciliare, nei limiti del possibile, l'autonomia finanziaria della Regione con l'indefettibile vincolo comunitario di concorso alla manovra di stabilità". In tale ottica, la determinazione unilaterale dei criteri da parte dello Stato diventa il rimedio, ancorché ultimo, per assicurare il rispetto dei vincoli europei, con i quali va contemperato il principio dell'autonomia regionale (sent. 19/2015, 118/2012).

3.3.- Il ddl di riforma costituzionale

Mentre ancora la riforma sui bilanci dello Stato non è completa e necessita di ulteriori interventi normativi affinché possa entrare in vigore, è stata promulgata la c.d. legge "Delrio" del 7 aprile 2014, n. 56, di "abolizione" delle Province a Costituzione invariata: chiaramente più che di vera abolizione si tratta di un riordino delle stesse che diventano "enti di area vasta" con riallocazione di molte delle funzioni ad esse finora attribuite alle Regioni o ai Comuni. Contemporaneamente la legge istituisce le Città Metropolitane, anch'esse definite come enti di area vasta, già previsti dalla riforma del Titolo V Cost. nel 2001 e a cui mai si era data attuazione.

L'8 agosto 2014 il Senato ha poi approvato un disegno di legge di revisione costituzionale, ora in discussione alla Camera, che contiene molteplici elementi di novità per il regionalismo¹⁷. La riforma, mira al superamento del bicameralismo perfetto attraverso l'introduzione di un Senato rappresentativo delle autonomie territoriali, valorizzando non solo le Regioni ma anche i Comuni¹⁸, e introduce anche notevoli cambiamenti al Titolo V della Costituzione, che incideranno sul regionalismo italiano. In primo luogo, scompare ogni riferimento alle Province, che così, a completamento di quanto iniziato con la legge Delrio, sarebbero definitivamente

¹⁷ Disegno di legge costituzionale n. 1429, presentato alla Presidenza del Senato dal Presidente del Consiglio dei ministri Matteo Renzi e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento Maria Elena Boschi l'8 aprile 2014 (Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione). La riforma del Titolo V è disciplinata agli artt. 24-30 del ddl.

¹⁸ Ai sensi del nuovo art. 57 Cost., infatti, al Senato, i novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali (cui si aggiungono cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica), i senatori saranno eletti dai Consigli regionali fra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, fra i sindaci dei comuni dei rispettivi territori".

abolite. A ben vedere, ancorché scompaiano dal novero degli enti locali costituzionalmente necessari, ciò non significa che all'entrata in vigore della riforma le Province saranno definitivamente dismesse. Il riferimento agli enti di area vasta nella ripartizione delle competenze legislative esclusive, la cui disciplina è rimessa ad interventi normativi futuri, ne potrebbe legittimare la permanenza in vita, ancorché depotenziate e, in taluni casi, superate dall'organizzazione delle Città Metropolitane¹⁹. Nelle iniziali intenzioni del Governo era altresì prevista l'abolizione del comma terzo dell'art. 116 Cost., cioè il c.d. regionalismo differenziato, rimasto del tutto inutilizzato dalla riforma del 2001, insieme alla contestuale introduzione della previsione secondo cui la legge statale avrebbe potuto delegare competenze esclusive dello Stato a una o più Regioni; in sede di approvazione tale proposta di riforma non è stata confermata: permane così, ancorché in forma limitata rispetto al testo precedente il regionalismo differenziato²⁰ e solo a condizione che la Regione rispetti l'equilibrio di bilancio, la possibilità per le Regioni ordinarie di ottenere forme ulteriori di autonomia²¹, mentre scompare la competenza legislativa delegata²². Sorprendentemente, in controtendenza rispetto a un progetto che sembra puntare a un regionalismo ricentralizzato, la riforma non affronta il tema delle Regioni a statuto speciale, la cui autonomia nel testo approvato in Senato non viene intaccata dalle nuove previsioni costituzionali. Sembra che la difficoltà tecnica e politica di una scelta che superi le cinque specialità abbia prevalso ancora una volta sulla necessità di cambiamento di un

¹⁹ Per un'analisi sulle città metropolitane cfr. GUERRA, Le città metropolitane: a che punto siamo?, in Istituzioni del Federalismo, in corso di pubblicazione.

²⁰ Alle Regioni ordinarie potranno essere attribuite competenze in tema di organizzazione della giustizia di pace, istruzione, ordinamento scolastico, ricerca scientifica e tecnologica; istruzione universitaria; tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici; ambiente ed ecosistema; turismo; ordinamento sportivo; attività culturali, governo del territorio.

²¹ In proposito, si segnala la recentissima delibera del Consiglio regionale della Regione Lombardia di martedì 17 febbraio 2015, in cui il Consiglio ha approvato in Aula una proposta di referendum consultivo, in base all'art. 116 Cost., per l'attribuzione a Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

²² Scompare però la necessità che sia la Regione a fare richiesta di accedere a forme di autonomia differenziata. La nuova formulazione che prevede che "anche su richiesta delle regioni" anziché "su iniziativa della Regione interessata" determina la possibilità che lo Stato, con legge ordinaria (non è più richiesta la deliberazione a maggioranza assoluta di entrambe le Camere) possa autonomamente decidere se attribuire maggiori competenze a una o più Regioni previa intesa con le stesse.

sistema che trova sempre meno giustificazioni per mantenersi immutato²³.

Per ciò che concerne il riparto delle competenze legislative, il ddl costituzionale apporta un cambiamento radicale: scompare la potestà legislativa concorrente e le materie contenute nel precedente terzo comma dell'art. 117 Cost. confluiscono in massima parte nelle competenze esclusive dello Stato, che per alcune di esse avrà il compito di definire solo le disposizioni generali e comuni o le disposizioni di principio²⁴. Cambia anche la formulazione della competenza legislativa regionale, non più disciplinata da una clausola di residualità, ma dettagliata nell'individuazione delle specifiche materie attribuite ora alla legge della Regione. L'eliminazione della competenza concorrente dovrebbe produrre il benefico effetto di ridurre il contenzioso in tema di individuazione del concetto di "principi fondamentali" riservati per tali materie alla legge statale. Sul punto la Corte aveva più volte ribadito come non potesse individuare caratteri di rigidità e universalità del concetto giacché "nella dinamica dei rapporti tra Stato e Regioni, la stessa nozione di principio fondamentale non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma deve tenere conto del contesto, del momento congiunturale" (così, sent. 16/2010²⁵). Tuttavia, il richiamo alle "disposizioni generali e comuni" e alle "disposizioni di principio" contenute nelle nuove competenze esclusive fa presupporre che nuovi dubbi saranno

²³ Alcuni ancorché minimi cambiamenti appaiono invece apportati, con riferimento alla specialità delle cinque Regioni, dalla Camera. Se passasse la proposta di modifica il c.d. potere sostitutivo dello Stato di cui all'art. 120 Cost. si estenderebbe anche alle realtà speciali, come segue: "Il Governo, acquisito, salvo i casi di motivata urgenza, il parere del Senato della Repubblica, che deve essere reso entro quindici giorni dalla richiesta, può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province autonome di Trento e Bolzano e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione e stabilisce i casi di esclusione dei titolari di organi di governo regionali e locali dall'esercizio delle rispettive funzioni quando è stato accertato lo stato di grave dissesto finanziario dell'ente".

²⁴ Così, per esempio, all'art. 117, secondo comma, lett. n) "disposizioni generali e comuni sull'istruzione; ordinamento scolastico; istruzione universitaria e programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica"; lett. p) "ordinamento, legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni e Città metropolitane; disposizioni di principio sulle forme associative dei comuni"; o ancora, lett. u) "disposizioni generali e comuni sul governo del territorio; sistema nazionale e coordinamento della protezione civile".

²⁵ Cfr. anche Corte cost. sentt. nn. 336 e 50 del 2005.

sottoposti alla Corte costituzionale. Viene introdotta altresì la c.d. clausola di supremazia in forza della quale su proposta del Governo, la legge statale potrà disciplinare materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale. Invero, ancorché fosse stato eliminato il riferimento all'interesse nazionale dalla Costituzione attraverso la riforma del 2001, la giurisprudenza della Corte aveva comunque elaborato dei meccanismi per far fronte a esigenze unitarie della Repubblica: il principio della chiamata in sussidiarietà di talune competenze non comprese nella legislazione esclusiva dello Stato o l'interpretazione delle cc.dd. materie-non materie o materie trasversali tra quelle di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. Parimenti la Corte aveva individuato i limiti a tale attività del Parlamento attraverso il ricorso al principio di leale collaborazione in forza del quale lo Stato doveva coinvolgere le Regioni nella decisione di deroga al regime di ripartizione di competenze ordinario, attraverso forme di intesa individuali o raggiunte in sede di Conferenza Stato-Regioni²⁶.

Peraltro, l'idea sottesa alla riforma del riparto di competenze legislative, quella cioè di una nuova elencazione puntuale delle materie, tanto statali quanto regionali, vuole puntare di nuovo l'attenzione su un problema, quello di riuscire a rendere le Regioni enti legislativi, che non può essere la soluzione della questione regionale (BIN 2015, 1). Tra l'altro, una legge, che sia dello Stato e di una Regione, nel disciplinare una determinata tematica, più facilmente tangerà molteplici materie, non necessariamente tutte comprese all'interno di quelle di competenza di un unico legislatore: sicché il riparto legislativo Stato-Regioni secondo il criterio delle materie, oltre a non risolvere la problematica reale e cioè a chi spetta il compito di dettare regole a proposito di questa o quella generale politica pubblica, difficilmente riuscirebbe a ridurre in maniera consistente il contenzioso in via diretta di fronte alla Corte, con l'innegabile vantaggio nel giudizio, per lo Stato, dato dall'introduzione della clausola di supremazia.

Ad una massiccia redistribuzione legislativa delle competenze tra Stato e Regioni, non corrisponde un ripensamento delle funzioni amministrative, giacché l'unico

²⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 6 del 2004.

elemento di novità contenuto nell'art. 118 Cost. riguarda l'obbligo di svolgimento delle medesime secondo i canoni di trasparenza e semplificazione dell'attività amministrativa, né uno stravolgimento del sistema dell'autonomia finanziaria, di cui all'art. 119 Cost. In proposito la riforma non introduce elementi che valorizzino il c.d. federalismo fiscale, quali l'introduzione di meccanismi sanzionatori e premiali tra Regioni (virtuose e non) che modulino l'autonomia di entrata e di spesa delle stesse, ma al contrario sembrerebbe rilanciare il processo di definizione degli *standard* dei costi dei servizi essenziali e delle funzioni fondamentali²⁷ (BILANCIA, 2014, 7).

4.- Dove vanno le Regioni?

In questo panorama di generale fermento, la sorte delle Regioni è a un bivio: il rilancio o l'abbandono definitivo del modello di Stato regionale. Probabilmente la soluzione migliore starebbe nel mezzo. Abbandonando, infatti, le velleità federalistiche, si potrebbe immaginare la Regione come un ente di coordinamento intermedio, tra Stato e Comuni (e ora Città Metropolitane), soprattutto nel campo delle funzioni amministrative e ancora di più per ciò che concerne la gestione delle risorse pubbliche all'interno del proprio territorio, che aiuti – e non aggravi come ora accade – lo Stato a far fronte agli impegni assunti in sede europea. Non è detto che il ridimensionamento dell'ente regionale ad opera della riforma costituzionale in discussione al Parlamento produrrà effetti nefasti sul regionalismo italiano. La presa di coscienza che alle Regioni non possa essere attribuita una competenza legislativa residuale, l'introduzione di una clausola di supremazia e la puntualizzazione dei limiti all'autonomia finanziaria, sono elementi che di fatto replicano nel testo costituzionale quanto già ben delineato da una giurisprudenza costituzionale fortemente accentratrice su beni di rilevanza nazionale, da una prassi legislativa regionale consolidata e da vincoli di bilancio stringenti. Sembra essere caduto almeno parzialmente il velo di ipocrisia federale che copriva le Regioni italiane, che non sono centri politici di governo, ma più realisticamente costituiscono strutture periferiche di

²⁷ Il nuovo testo dell'art. 119, quarto comma Cost., prevede infatti che "Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti assicurano il finanziamento integrale delle funzioni pubbliche dei Comuni, delle Città metropolitane e delle Regioni, sulla base di indicatori di riferimento di costo e di fabbisogno che promuovono condizioni di efficienza".

amministrazione di servizi e di gestione delle spese coordinate dal centro. Indubbiamente restano aperti molti problemi. Da un lato l'annoso problema delle Regioni a statuto speciale, che ancora una volta attraversano indenni la riforma costituzionale; certo è che sul piano dell'osservanza dei vincoli di bilancio anche le cinque Regioni sempre più sono tenute al rispetto dei vincoli e a contribuire al pari delle altre a garantire l'equilibrio di bilancio grazie soprattutto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, le cui decisioni in un certo senso "demolitorie" della specialità, potrebbero fungere da apripista per una futura riforma, così come è già successo in più di un'occasione su altri temi. Dall'altro le riforme presentano già *in nuce* elementi di indeterminatezza (per esempio nelle competenze esclusive l'individuazione delle norme generali e di principio attribuite al legislatore statale) che alimenteranno il contenzioso davanti alla Corte costituzionale (GIANFRANCESCO, 2014, 14). Vi è poi un'ulteriore problematica con riferimento alla competenza legislativa regionale: quand'anche si superassero i problemi definitivi delle materie, non è detto che le leggi delle Regioni riuscirebbero a passare il vaglio della Corte con riferimento ai limiti derivanti dagli obblighi di copertura finanziaria – ora – e poi delle previsioni dell'equilibrio di bilancio come derivanti dalla riforma costituzionale del 2012.

A fronte di un sostanziale e corretto depotenziamento (rispetto al 2001) della Regione come organo di legislazione, inoltre, ci si sarebbe potuti aspettare una valorizzazione della stessa come centro di gestione delle funzioni amministrative: tuttavia, l'impianto rimasto sostanzialmente inalterato dell'art. 118 Cost., che non sviluppa il tema della sussidiarietà, da un lato e il contemporaneo rilancio di Comuni e Città metropolitane dall'altro, espone l'ente regionale al rischio di nuovo fallimento del progetto. Pure sul piano dell'autonomia finanziaria la nuova riforma non introduce elementi chiarificatori delle ambiguità lasciate aperte dalla precedente legge cost. 1/2012 in tema di pareggio di bilancio, per il completamento della quale si resta in speranzosa attesa di interventi legislativi appropriati. Infine anche se viene chiusa la porta alle Province che con la riforma risultano eliminate, la revisione lascia aperta la finestra alla figura dei nuovi enti di area vasta, in cui rientrano anche le Città Metropolitane, cosicché sembra plausibile che le esigenze di riduzione dei livelli di

governo territoriale per ragioni di efficienza, trasparenza e razionalizzazione delle risorse pubbliche, non troveranno soddisfazione risolutiva ed efficiente.

In definitiva, l'esistenza stessa delle Regioni non deve essere data per scontata: il regionalismo è *sub judicio* quanto a utilità, funzionamento e composizione territoriale: il fallimento nell'assolvimento anche di questo ruolo più *low profile* potrebbe alimentare le voci, per il momento isolate, di quanti ne reclamano l'abolizione al pari delle Province. Dietro l'angolo c'è ancora lei: sarà ancora una volta la voce della Corte costituzionale, specie se il Parlamento non dovesse adottare tutti quegli interventi legislativi che si rendono necessarie per attuare le riforme costituzionali. Avanti allora con l'equilibrio di bilancio, la definizione degli standard e la regolamentazione degli enti di area vasta. E poi, anche in questo caso, solo il tempo potrà dare risposte: per ora, non ci resta che attendere.

Opere citate

ANTONINI L., L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive, in Rivista AIC, n. 4 del 2014.

BARBERA A., Da un federalismo insincero ad un regionalismo preso sul serio? Una riflessione sull'esperienza regionale, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2011.

BARBERA A., GIARDA PIERO D., MAZZOCCHI G., Dove Vanno le Regioni?, Vita e Pensiero, Milano, 1976.

BILANCIA P., Regioni, enti locali e riordino del sistema delle funzioni pubbliche territoriali, in Rivista AIC, n. 4 del 2014.

BIN R., Riforma costituzionale e Regioni: ancora troppi equivoci, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 1 del 2015.

BOGGERO G., Gli obblighi di Regioni ed enti locali dopo la legge n. 243/2012, in Amministrare, n. 1/2014, 93-148.

BOLOGNA C., Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense, Bononia University Press, 2010.

BRANCASI A., L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione, in Quaderni Costituzionali, n. 1/2012.

CAPRIO D.A., La crisi del regionalismo italiano, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2008.

DESIDERI C., Regioni politiche e territori. Per una storia del regionalismo italiano, Giuffr  Editore, Milano, 2015.

GIANFRANCESCO E., Torniamo a Zanobini (?!), in Rivista AIC, n. 2 del 2014.

GIUPPONI T. F., Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione in "Quaderni costituzionali", Il Mulino, Bologna, n. 1/2014, 51-78.

GUERRA Y., Le citt  metropolitane: a che punto siamo?, in Istituzioni del Federalismo, in corso di pubblicazione.

MANGIAMELI S., Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo (a cura di), Giuffr  Editore, Milano, 2012.

MINNI F., Regioni ordinarie e Regioni a statuto speciale di fronte al federalismo fiscale: pari non sono?, in Le Regioni, Il Mulino, n. 3/2012, 635-642.

MORRONE A., Pareggio di bilancio e Stato costituzionale, in Lavoro e Diritto, Bologna, Il Mulino, 3/2013, 357-381.

MORRONE, A., Il federalismo fiscale nella crisi economico-finanziaria: quali scenari?, in Federalismo fiscale, 2011, n. 2, 1-8.

MORRONE A., Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa, in "Quaderni costituzionali", Il Mulino, Bologna, n. 1/2014, 79-108.

RAFFIOTTA E. C., Il governo multilivello dell'economia: studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa, Bologna, BUP, 2013.

SALERNO G. M., Dopo la norma costituzionale sul pareggio del bilancio: vincoli e limiti all'autonomia finanziaria delle Regioni, in Quad. cost., 2012.

SCACCIA G., L'ente regionale fra mitologia federale e realtà costituzionale, in Rivista AIC, n. 1/2014.

VICECONTE N., in L'evoluzione del sistema di finanziamento del servizio sanitario nazionale tra federalismo "promesso" ed esigenze di bilancio, Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma (a cura di Mangiameli S.), Giuffré Editore, Milano, 2012.

LE SENTENZE 198/2012 E 35/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SUL NUMERO DEI CONSIGLIERI REGIONALI TRA VINCOLI DI BILANCIO E AUTONOMIA TERRITORIALE: UN BILANCIAMENTO DIFFICILE?

Gianluca Marolda

Sommario:

1. Introduzione: i vincoli di bilancio europei e le politiche italiane.
 - 1.1. Il Titolo V della Costituzione alla prova della crisi economico-finanziaria.
2. Il punctum dolens dell'autonomia statutaria regionale: il problema della forma di governo regionale ex art.123 Costituzione nelle sentenze 198/2012 e 35/2014 della Consulta.
 - 2.1. La Governance economico-finanziaria dell'UE e il problema del “coordinamento della finanza pubblica” ex art.117, comma 3, Costituzione.
 - 2.2. Il limite della “armonia” con la Costituzione ex art.123 - 2.2.1 L' “ancoraggio” della Corte al principio di uguaglianza: un tentativo di dissimulare le ragioni di finanza pubblica?
3. Il ruolo delle Regioni nel “federalising process” europeo: un depotenziamento continuo.

Riferimenti bibliografici

Abstract in italiano

LE SENTENZE 198/2012 E 35/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA SUL NUMERO DEI CONSIGLIERI REGIONALI TRA VINCOLI DI BILANCIO E AUTONOMIA TERRITORIALE: UN BILANCIAMENTO DIFFICILE?

La recente crisi economico-finanziaria ha costretto l'Unione Europea alla modifica dei propri Trattati istitutivi verso un irrigidimento complessivo dei vincoli di bilancio e degli strumenti di finanza pubblica. Per gli Stati Membri UE tutto ciò ha comportato in primo luogo un adeguamento complessivo delle proprie legislazioni interne a quelli che erano gli indirizzi UE, ma soprattutto ha imposto modifiche anche di tipo "costituzionale" al di fuori gli strumenti di legislazione di tipo ordinario: la ratifica in Italia del cd. "Fiscal compact" del Marzo 2012 includeva tra i vari vincoli di finanza pubblica la previsione di "norme costituzionali o di rango equivalente, la cd. regola aurea per cui il bilancio deve essere in attivo o in pareggio" (art. 81 Costituzione). In conseguenza di ciò, alcuni Stati Membri come l'Italia (o la Spagna) si sono trovati costretti a ripensare radicalmente al proprio assetto costituzionale riguardo alle discipline dei propri enti territoriali e locali come le Regioni e le Province. Infatti, numerose disposizioni sui vincoli di bilancio e finanziari di questi enti sono state irrigidite: la base giuridica di tali interventi risiede nel dettato dell'art.117 comma 3, il quale elenca le materie di potestà concorrenti tra Stato e Regioni e cita il "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario tra esse. Ciò ha provocato un contenzioso (giudizi in via principale) molto corposo di fronte alla Corte costituzionale, toccando, però, un punto di importanza nodale con riguardo alla forma di governo regionale, che la Costituzione assegna, nella disciplina, all'autonomia statutaria regionale, secondo il disposto dell'art.123 Cost. Oggetto di essi è stato il decreto legge 130/2011 (cd. Decreto sulla cd. "spending review"), il quale ha imposto la riduzione del numero dei consiglieri regionali con un tetto massimo, calcolato proporzionalmente al numero degli abitanti per ciascuna delle 20 Regioni italiane, dove la Consulta, nei casi (sentenze 198/2012 e 35/2014) che si andranno ad analizzare, ha dato ragione allo Stato, indicando che la disciplina statale era effettivamente in linea con la materia del coordinamento della finanza pubblica ex art.117 comma 3 e non ledeva, in secondo luogo, la forma di governo regionale disciplinata in Statuto, poichè non rispettavano il canone di "armonia con la Costituzione". La ricerca, infine, di questo paper sarà improntata sull'analisi di questi due casi e delle motivazioni adottate dai giudici di Palazzo della Consulta, illustrando come dalla situazione di crisi economica per gli Stati membri dell'UE occorre che le autonomie regionali/locali debbano quasi necessariamente sacrificare parte delle proprie competenze e di come la Costituzione possa arrivare sul punto a perdere di prescrittività: essi rappresentano scenari di un processo di dissoluzione, che la crisi impone di fermare e di ripensare

dalle fondamenta come le autonomie territoriali possano davvero beneficiare al singolo Stato membro.

Resumen en español

LA JURISPRUDENCIA (NO.198/2012-35/2014) DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO ACERCA DEL NÚMERO DE DIPUTADOS DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS REGIONALES. EN LA ENCRUCIJADA DE RAZONES PRESUPUESTARIAS Y AUTONOMÍA LOCAL: ¿UN DIFÍCIL BALANCE?

La reciente crisis financiera ha obligado a la Unión Europea a reformar sus tratados institucionales con el fin de incorporar principios de finanzas públicas y mecanismos presupuestarios más estrictos. En primer lugar, esta reforma no sólo ha obligado a todos los Estados Miembros de la UE a reformar sus marcos legislativos de acuerdo con la directriz europea, sino que ha implicado verdaderas reformas constitucionales más allá de los actos legislativos: la ratificación del denominado “Fiscal Compact” en marzo de 2012 por el gobierno italiano supuso la introducción de una serie de medidas en materia de finanzas públicas, entre las que se encuentra la adopción de la denominada “regla de oro”, esto es, una norma constitucional (y cuando no constitucional, al menos de rango equivalente) que establece que “el presupuesto del Estado debe respetar los límites europeos”. El resultado final fue que varios Estados Miembros como Italia y España tuvieron que considerar una reforma de todo su ordenamiento constitucional, especialmente en lo que respecta a sus sistemas de autonomía territorial y local, como son el de las Regiones y Provincias. Ciertamente, se adoptaron medidas que van más allá de la mera obligación de los sistemas de autonomía territorial y local de respetar las directrices presupuestarias y financieras: la base jurídica de esta reforma es el artículo 117 apartado 3 de la Constitución Italiana que establece las competencias de coordinación de finanzas públicas y haciendas. De aquí se derivó una importante discrepancia en un punto crucial como es la forma de gobierno de las Regiones, que la Constitución Italiana dispone en su artículo 123 apartado 1 que se establecerá en el respectivo Estatuto Regional (“Statuto Regionale”). La jurisprudencia se refiere a las disposiciones del Decreto (“Decreto Legge”) no.130/2011 (i.e. el Decreto sobre “revisión del gasto”), que impone la reducción del número de consejeros hasta un tope máximo calculado en proporción al número de habitantes de cada una de las veinte regiones italianas, en la que el Tribunal Constitucional italiano (Casos 198/2012 y 35/2014), que serán objeto de este trabajo, se pronunció a favor del estado, indicando que la legislación estatal es, en primer lugar, conforme con el régimen de coordinación de finanzas públicas bajo el artículo 117 apartado 3 y no afecta, en segundo lugar, a la forma de gobierno de las regiones establecido en las leyes, dado que

estas no cumplían con el canon de “harmonía con la Constitución”. Finalmente, el trabajo se basa en el análisis de dos sentencias y en las razones esgrimidas por los jueces del “Palazzo della Consulta” e intentará ilustrar cómo la crisis económica obliga a que los Estados Miembros hagan que sus sistemas de autonomía regional y local sacrifiquen parte de sus competencias y cómo la Constitución podría perder imperatividad: representan escenarios de un proceso de disolución, que la crisis exige cerrar y repensar totalmente cómo las autonomías territoriales pueden beneficiar verdaderamente al Estado Miembro individual dentro del proceso de federalización de la UE.

Abstract in English

THE CASE LAW (NO.198/2012-35/2014) OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT ABOUT THE NUMBER OF REGIONAL LEGISLATIVE ASSEMBLIES' MEMBERS. A CROSS ROAD BETWEEN BUDGETARY REASONS AND LOCAL AUTONOMY: A DIFFICULT BALANCE?

The latest financial crisis has forced EU to reform its institutional treaties in order to make harsher budgetary reasons and the public finance law's principles. First of all, this strengthen has involved all the EU' s member States to reform their legal frameworks according to EU direction, but, mainly, has imposed “constitutional” reforms apart from the parliamentary acts: the ratification of the so-called “Fiscal Compact” in March 2012 by the Italian Government provided the introduction of several measures regarding public finance, including the adoption of the so – called “golden rule”, that is a constitutional rule (and even if not constitutional, of an equivalent level) that provides that “the State budget has to respect European boundaries”. The final result was that several member States, as Italy and Spain had to think of a reform of the whole constitutional system, especially for what concerns territorial and local autonomy systems, as the Regional one and the one made up by the Provinces. Actually, several provisions in order to compel territorial and local autonomy systems to respect much more the budgetary and financial bonds were approved: the legal basis of this reform is article 117, paragraph 3 of the Italian Constitution that establishes the competence of coordinating public finance and tax legal system is to be found in this group of competences established in art. 117, para. 3. This has caused an important disagreement, regarding a crucial point, that is the form of government of the Regions, that the Italian Constitution establishes that it has to be fixed in the “Fundamental Act of Region”(“Statuto Regionale”) in the article 123, para.1. The case studies relate to the provisions of Decree(“Decreto Legge”) no.130/2011 (ie. The Decree on "spending review"), which imposed the reduction of the number of councilors with a cap, calculated in proportion to the number of inhabitants for each of the 20

Italian region, where, the Italian Constitutional Court, in these cases (Case 198/2012 and 35/2014) that we will analyze, ruled in favor of the state, indicating that the state legislation was in line with the matter of coordination of public finance under Article 117, paragraph 3, and did not affect, in the second place, the form of regional government regulated in-laws, as they did not comply with the canon of "harmony with the Constitution". The research, finally, of this paper will be based on the analysis of these two cases and on the reasons given by the judges of the "Palazzo della Consulta" and will try to illustrate how in the economic crisis for the EU Member States it's necessary that their autonomies regional / local must almost sacrifice some of their skills and how the Constitution could lose prescriptive: they represent scenarios of a process of dissolution, that the crisis requires to stop and, also, to rethink from the ground up as territorial autonomies can really benefit the individual Member State in EU' s federalising process.

1.- Introduzione

Il crescente *enlargement* dell'UE e l'inasprirsi della grande crisi economico-finanziaria mondiale hanno imposto, nel corso dell'ultimo lustro, alle istituzioni nazionali e sovranazionali l'adozione di varie e gravi misure di riordino dei conti pubblici dei singoli Stati membri: questa generale opera di armonizzazione ha perseguito l'intento più specifico di reindirizzare gli equilibri di finanza pubblica degli Stati meno virtuosi ad una situazione, che potesse consentire di uscire dallo stato di recessione economica (PITRUZZELLA, 2012). L'Italia ha subito, a causa della forte contrazione del suo sistema economico e del grave *deficit* finanziario, forti ripercussioni sul suo sistema politico-istituzionale con la nascita di un esecutivo di provenienza "tecnica", la storica rielezione del Capo dello Stato e l'emersione di vari movimenti cd. "anti-sistema", che hanno indotto la dottrina costituzionalistica italiana ad interrogarsi sulle varie possibilità di riforma della politica e delle istituzioni (RUGGERI, 2011; MORRONE, 2013; PATTARO, 2013; MAROLDA, 2014).

A livello territoriale, l'ondata recessiva ha evidenziato le gravi lacune strutturali dei bilanci della maggior parte degli enti territoriali (Regioni e Province) e locali (Comuni) e ha condotto il legislatore nazionale e la Corte Costituzionale a porre in atto una serie di drastiche decisioni per ovviare alla situazione di squilibrio. Sono principalmente due i fattori, logicamente concatenati tra loro, che hanno portato a questa situazione: 1. La costante attività di pressione di tipo "politica" da parte delle istituzioni UE per dare, attraverso un'attività tipica della cd. *moral suasion*, impulso ai processi di riforma a livello nazionale¹ 2. Sul piano più specificatamente giuridico, la firma e ratifica del Trattato sul cd. "*Fiscal Compact*" e la trasposizione nell'ordinamento nazionale di una lunga serie di misure di risanamento della finanza pubblica nazionale e "locale" hanno portato alla riforma costituzionale n.1/2012, che ha introdotto il principio del cd. "equilibrio di bilancio" all'art.81 della Costituzione, e

¹ La nota missiva, firmata Mario Draghi e Jean-Claude Trichet (al tempo Governatore della Banca d'Italia e Presidente BCE) e indirizzata all'allora *Premier* italiano Berlusconi sulle riforme economiche da apportare, e la prassi del Presidente della Repubblica Napolitano nell'Ottobre 2011, volta a dare impulso all'esecutivo e a rassicurare i vari *leader* europei, possono esemplificare al meglio il fattore sopra enunciato.

del cd. “Patto di stabilità”, volto a ridisegnare i rapporti sul piano finanziario tra le istituzioni centrali e locali (DI PIETRO, 2011). In particolare, su quest'ultimo aspetto, è da segnalare come, dapprima della ratifica del presente trattato, era emersa la volontà del Legislatore di imprimere più stringenti vincoli di finanza pubblica alle istituzioni decentrate regionali in modo da porre rimedio alle numerose situazioni di dissesto. L'esempio tipico, che costituisce altresì l'oggetto principale di analisi del presente lavoro, è rappresentato dall'adozione del dl. n.138 del 2011, poi convertito nella legge n.148 del 2011. Questo provvedimento d'urgenza si è inserito, interessando in maniera speciale gli enti territoriali e locali con una serie di tagli alla composizione di vari organi regionali, tra cui il Consiglio Regionale, l'organo legislativo dell'ente Regione. Normativa questa, che è stata adottata sì in ambito nazionale, ma che ha risentito profondamente di quell'attività di pressione politica e di monitoraggio che le istituzioni UE hanno svolto nei confronti del Paese.

Se l'equilibrio di bilancio sia a livello centrale che a livello decentrato ha avuto qualche tentativo di essere perseguito, con la legge costituzionale 1/2012 , che ha riformato in tal senso gli art.81, 117 e 119 Cost., si è arrivati ad all'affermazione, sul piano delle fonti, giuridicamente più intensa di questo principio². Il rispetto dei vincoli, determinati dal cd. “Patto di Stabilità interno”, ha comportato una serie di prevedibili giudizi in via principale tra lo Stato e le Regioni dinnanzi alla Corte Costituzionale: il contenzioso è ruotato tutto sulla titolarità statale o regionale di alcune voci di spesa, da un lato, ma soprattutto riguardo ai tagli agli organi istituzionali decentrati(Consiglio *in primis*), che hanno inficiato molto il tema dell'autonomia statutaria regionale in tema di forma di governo.

1.1.- Il Titolo V della Costituzione alla prova della crisi economico-finanziaria

Le questioni, sulle quali si ritiene opportuno riflettere, ineriscono alle tematiche, al giorno d'oggi strettamente concatenate, dell'autonomia finanziaria

² Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato-Servizio Studi- Dossier pag.1-4 “L'attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio(l.243/2012), dove, sinteticamente, la normativa detta per lo Stato e le Regioni di sottostare al vincolo del mantenimento del *deficit* pubblico al di sotto del 3% del PIL e di mantenere il debito pubblico al di sotto del 60% dello stesso PIL prodotto. L'ingente accumulo di debito pubblico da parte dello Stato Italiano non consentirà di poter adempiere a tali limiti in un lasso di tempo breve.

regionale e di quella “istituzionale”: per quest'ultima si intende la disciplina della “forma di governo” dell'ente Regione. A tal riguardo, si procederà all'esame di due decisioni della Consulta, che possono meglio esemplificare l'orientamento della Corte: le sentenze 198 del 2012 e 35 del 2014. Entrambe rappresentano due giudizi in via principale, nei quali i giudici di Palazzo della Consulta si sono ritrovati a decidere su importanti profili, inerenti l'assetto istituzionale e finanziario delle Regioni e, di riflesso, quello della forma di Stato territoriale italiana.

Le disposizioni oggetto dei rispettivi giudizi di costituzionalità sono le norme del già citato dl.138/2011(convertito nella legge n.148 del 2011), che riguardano il numero dei consiglieri regionali: una questione che inerisce profondamente sia alla forma di governo regionale che all'autonomia finanziaria delle Regioni stesse; infatti i parametri adoperati dalla Corte sono essenzialmente i dispositivi agli art.117,119 e 123 Cost.

L'intento sarà quello di porre in evidenza come la Corte, assecondando sostanzialmente le ragioni dello Stato nei confronti delle Regioni, abbia dovuto effettuare valutazioni di tipo giuridico, contestualizzando i contenziosi nella drammatica situazione economico-finanziaria dell'Italia e di come, in ultimo luogo, i particolari dispositivi delle sentenze non hanno fatto altro che far riemergere quelli che sono stati i refusi del legislatore costituzionale nel 1999 e 2001.

2.- Il punctum dolens dell'autonomia statutaria regionale: il problema della forma di governo regionale ex art.123 Costituzione nelle sentenze 198/2012 e 35/2014 della Consulta

Nell'effettuare una disamina critica sulla forma di governo delle Regioni(a statuto ordinario) italiane, non si può, poi, prescindere da alcuni rilievi su come quest'istituto si sia sviluppato prima e dopo la riforma della legge costituzionale n.1 del 1999.

Prima della riforma in questione il tema della forma di governo regionale era presso che disciplinato nelle norme costituzionali del Titolo V: le Regioni ordinarie dovevano, quindi, nell'ambito della loro autonomia statutaria e legislativa attenersi a quelli che erano i contenuti dei dettati costituzionali (CARETTI TARLI BARBIERI, 2012). Nello

specifico la disciplina costituzionale prevedeva le norme sull'organizzazione istituzionale e le relazioni tra i vari organi regionali (Consiglio e Giunta), mentre sul piano elettorale le Regioni avrebbero adottato una propria legge regionale sulla scorta di principi indicati da una legge statale (l. 43/1995).

La necessità di ovviare a molte delle patologie, che si erano venute a creare con tale disciplina, ha spinto il Parlamento ad operare a tal proposito³: la forma di governo è, in via generale e sulla base di alcuni limiti, demandata all'autonomia statutaria regionale ex art.123 Costituzione. Essa deve svilupparsi nelle proprie previsioni legislative secondo alcuni limiti tracciati dalla Costituzione e che riguardano: 1. La previsione del Presidente della Giunta regionale, della Giunta e del Consiglio come organi "necessari" della Regione(art.121, comma 1) 2. Il Presidente della Giunta come organo dirigente la politica regionale e che emana le leggi e i regolamenti (art.121, comma 4) 3. Il mantenimento del principio dell' "*aut simul stabunt, aut simul cadent*", per il quale le dimissioni del Presidente determinano lo scioglimento automatico del Consiglio, così come l'approvazione in seno al Consiglio stesso di una mozione di sfiducia al Presidente (art.126, comma 2) 4. La disciplina elettorale adottata con legge regionale nei limiti dei principi fissati dalla legge statale (art.122, comma 2)⁴.

Sulla scorta di tale quadro normativo costituzionale, lo Statuto delle Regioni ordinarie si sarebbe quindi occupato di fornire la previsione degli altri ambiti che interessavano la forma di governo: uno tra questi è stato proprio il numero dei consiglieri regionali, che è stato determinato da ciascuna Regione nell'ambito della propria sfera di autonomia. La questione si è presentata in via di risoluzione, ufficialmente, in un giudizio in via principale nella sentenza n.3 del 2006: in questo contenzioso il Governo aveva eccepito l'infondatezza della disciplina statutaria della

³ La forma di governo prima della riforma del 1999 prevedeva sostanzialmente un assetto istituzionale di tipo "assembleare" con una tendenziale centralità del Consiglio sulla carta. La prassi precedente ha risentito molto della frammentazione del sistema politico nazionale, che non ha potuto non coinvolgere anche i gruppi consiliari regionali, i quali hanno espresso fragilissime maggioranze in seno all'assemblea e comportato una forte instabilità alle Giunte.

⁴ Secondo la quasi unanimità della dottrina costituzionalistica si potrebbe definire questo particolare modello di forma di governo, come di tipo "neo parlamentare", poiché rappresenterebbe un buon punto di mediazione tra chi optava per un modello, che avrebbe rafforzato principalmente il Consiglio, e chi invece avrebbe voluto una razionalizzazione e un'estensione di competenze in capo al Presidente della Giunta.

Regione Marche, che aveva ridefinito il numero totale dei consiglieri regionali. Secondo il Governo, il numero dei consiglieri, che era stato ridefinito dalla delibera statutaria delle Marche e sarebbe entrato in vigore all'approvazione del "nuovo" Statuto (nuovo nel senso di "post riforma"), avrebbe ecceduto della riserva di competenza regionale ex art. 123, poiché, fino all'entrata in vigore di questo, i principi da seguire sarebbero stati quelli della normativa statale vigente (quindi il numero dei consiglieri sarebbe dovuto essere quello prefissato dalla legge statale). La Corte però ha ritenuto la pretesa statale infondata, stabilendo che la Regione si è mossa "[...]legittimamente esercitando la propria competenza in ordine alla scelta politica sottesa alla determinazione della «forma di governo» della Regione (art. 123, primo comma, Cost.)[...]”⁵.

La chiarezza di questo inciso ha fatto sì che la competenza fosse pacificamente rimandata allo Statuto regionale, poiché facente parte di un profilo inerente alla forma di governo regionale. All'apparente semplicità della risposta della Corte, nel prosieguo del lavoro si cercheranno di individuare i punti, su cui la Corte ha smentito il proprio precedente orientamento, che, sinteticamente, possono essere elencati così: 1. Problema della ripartizione di competenze in tema di "coordinamento della finanza pubblica ex art.117, comma 3, Costituzione 2. Questione sul limite della "armonia con la Costituzione" dello Statuto Regionale 3. Disciplina statale di riordino degli organi regionali come attuativa dei canoni del principio di uguaglianza ex art.3, 48 e 51.

Infine, si proverà a riflettere sui presenti interrogativi: come si potrebbero ripensare o ridisegnare i confini costituzionali dell'autonomia statutaria e delle forma di governo regionale? Alla luce dell' *enlargement* territoriale e della *governance* europea in tema di economia e finanza pubblica, come si potrebbe riconsiderare il ruolo delle autonomie territoriali italiane nella gestione della "cosa pubblica" in ottica nazionale e, soprattutto, "sovranazionale"?

⁵ Corte Costituzionale sentenza n.3/2006, punto 3.3 del "considerato in diritto".

2.1.- La *Governance* economico-finanziaria dell'UE e il problema del “coordinamento della finanza pubblica” ex art.117, comma 3, Costituzione

La prima delle tre argomentazioni, che la Corte ha adoperato nelle due sentenze in esame per legittimare gli interventi statali in tema di forma di governo regionale, è rappresentata dalla competenza in tema di “coordinamento della finanza pubblica” ex art.117, comma 3, Costituzione. Essa è, sul piano del dettato costituzionale, così come riformato con la legge costituzionale 3/2001, materia di potestà concorrente tra Stato e Regioni: ciò identifica che la Regione può legiferare in quest'ambito entro i limiti e i principi disegnati da una legge “quadro” (o cornice) statale.

Non è mai stata però, sin dai primi anni post-riforma, del tutto pacifica l'interpretazione giurisprudenziale su come dovesse avvenire l'effettivo riparto delle competenze tra Stato e Regioni in tema. Sin dal 2003 la Corte ha cercato di inquadrare e di dare un avallo alla prassi legislativa statale di fornire leggi quadro, che *de facto* contenevano normative più vicine ad una disciplina di “dettaglio” con l'effetto pratico di restringere il margine di manovra dei Consigli regionali⁶. Un orientamento che si potrebbe definire più confacente ai principi degli art.5 e 120 Costituzione: garantire l'uniformità giuridica ed “economica” su tutto il territorio nazionale, che sul piano della gestione della finanza pubblica si identifica nella disciplina del “coordinamento della finanza pubblica” (MACCARONE, 2012; OLIVETTI, 2012). Nella pronuncia n. 376/2003, che hanno inaugurato la composizione di questo orientamento, la Corte ha reinterpretato la legge quadro “dettagliata” statale come disposizione, che può “[...] collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, ma altresì i poteri “puntuali eventualmente necessari” perché la finalità di coordinamento – che di per sé eccede inevitabilmente, in parte, le possibilità di intervento dei livelli territoriali

⁶ La legge 42/2009 sul cd. “federalismo fiscale” ha tentato di riorganizzare il sistema delle attribuzioni in tema di finanza pubblica tra il livello centrale e quello decentrato, cercando di potenziare maggiormente le prerogative statali: le Regioni in base a queste previsioni si ritrovavano nella paradossale situazione di disporre di un'autonomia di spesa senza autonomia di imporre delle proprie entrate, con il risultato che le Regioni avrebbero dovuto pianificare i propri programmi di servizi ai cittadini, contando su un gettito statale, sul quale non avrebbero avuto possibilità di esprimere la propria voce in capitolo.

sub-statali – possa essere concretamente realizzata[...]”⁷. I giudici di Palazzo della Consulta hanno, quindi, da subito lasciato intendere che un corretto riparto della competenza in questione si sarebbe prestato a meccanismi a “geometria variabile”: può, ad esempio, capitare che sia il quadro economico-finanziario del Paese ad graduare la maggiore o minore “puntualità” della disciplina statale e, di conseguenza, il maggiore o minore margine di discrezionalità regionale⁸.

Con lo scoppio della crisi economico-finanziaria del 2007, il già preesistente e alto *deficit* del paese e con la *governance* economica europea, sempre più orientata a politiche di bilancio fatte di austerità e controllo, era fisiologico che il *self-restraint* della Corte in tema di autonomia finanziaria regionale persistesse. Le sentenze oggetto del presente lavoro hanno confermato quest'ultimo assunto. Negli *itinerari* logici della Corte la disciplina statale (art. 4 DL.138 2011), ritenuta di dettaglio e non di principio da parte delle Regioni, che prevede un tetto massimo al numero dei consiglieri regionali (secondo alcuni criteri che si basano sulla proporzione tra elettori ed eletti) è stata ritenuta costituzionale e, quindi, conforme all'art.117, comma 3, in quanto la previsione di un tetto massimo lascia all'autonomia delle Regioni di poter decidere entro quei limiti. Il nodo, insoluto peraltro, stava però nel fatto che il tetto massimo indicato dal decreto legge convertito risulta essere inferiore rispetto al numero dei componenti di ciascun Consiglio regionale italiano; *de facto*, quindi, ha rappresentato un declassamento di una scelta politica dei rappresentanti delle entità territoriali(STRUCCO, 2013:8)⁹.

Prima indicazione (che verrà poi ripresa in sede di conclusioni) è la conferma del fatto, che la competenza di coordinamento della finanza pubblica, come anticipato

⁷ Corte Costituzionale sentenza n. 376/2003 punto 3 del “considerato in diritto”; vedi anche Corte Costituzionale sentenze n. 369/2004 e 284/2009; BRANCASI (2004).

⁸ CARETTI-TARLI BARBIERI (2012: 98) dove si evidenzia che in quest'ottica è valso anche il ragionamento contrario della Corte, nel senso che la puntualità in esame non può essere utilizzata come grimaldello per esautorare totalmente le Regioni da ogni possibilità di manovra. Nelle sentenze sopra citate è stato, infatti, posto il limite della non disciplina statale sulle singole voci di spesa e di bilancio regionale. Più recentemente la Corte ha comunque generalmente ribadito che la cd. “*salus reipublicae*” non può divenire uno strumento di deroga per il riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni. Un ragionamento che però nei fatti viene smentito dalla continua *impasse* finanziaria italiana.

⁹ Corte Costituzionale sentenza 198/2012, punto 5 del “considerato in diritto”, e sentenza 35/2014 punto 2 “considerato in diritto”; TRUCCO (2013:8)

dalla Corte nel 2003, è un concetto a geometria variabile, da parametrare in base ad una pluralità di fattori non solo giuridico-costituzionali, ma anche economici e finanziari.

2.2.- Il limite della “armonia” con la Costituzione ex art.123

Un altro degli argomenti, in base ai quali la Corte ha avallato le normative statali, è rappresentato dal cd. “limite dell'armonia con la Costituzione” ex art.123, comma 1, Costituzione: esso è il limite generale all'autonomia statutaria regionale nelle discipline di sua competenza (tra cui la forma di governo della Regione). In questo frangente, si cercherà di illustrare sinteticamente cosa si intende per “limite dell'armonia con la Costituzione” e di come sia stata una “conquista”, da parte delle autonomie territoriali, con la riforma del 2001, che ha sostituito questa dicitura con quella “di limite delle leggi della Repubblica”. Con il comma 1 dell'art. 123, inizialmente, la Consulta ha constatato che si trattava di una clausola estremamente più mite e meno stringente del vecchio dettato, che imponeva l'armonia con le “leggi” della Repubblica (CARETTI TARLI BARBIERI, 2012). Con la pronuncia n.304/2002 la Corte stabiliva, infatti, che per “armonia” sarebbe stata intesa come osservazione “[...]puntuale di ogni disposizione della Costituzione[...]e che non ne eluda lo spirito[...]”¹⁰: quest'ultima dicitura ha ricevuto interpretazioni discordanti in dottrina, tra chi ha ritenuto che si trattasse di un semplice rispetto delle norme costituzionali sul piano fisiologico della gerarchia delle fonti, e tra chi, invece, ha ritenuto che da quest'assunto (sul piano linguistico abbastanza fumoso) si potessero trarre in futuro nuove basi per ricostruire vincoli assai forti per gli Statuti regionali.

Alle pronunce 196/2003 e 2/2004, dove la Corte ha (ovviamente) precisato che il limite suddetto vale anche per tutti i principi costituzionali ricavati e “ricavabili implicitamente” dal testo costituzionale, con la sentenza n.12/2006 sono state fatte considerazioni di maggiore peso sul piano giuridico: secondo la Consulta, nel limite dell'armonia si sarebbero dovute includere le leggi “ordinarie” di diretta “attuazione” delle norme costituzionali (GHERA, 2012; CORVAJA, 2013). Con questa decisione è stato

¹⁰ Corte Costituzionale sentenza 304/2002 punto 5 del “considerato in diritto”

effettuato, senz'altro, un passo ulteriore verso un maggiore riconoscimento di quelle che possono essere, in un giudizio in via principale sulle competenze, le pretese statali: benché la formula si riferiva ad un ambito (quello dell'attuazione della Costituzione) che necessita di essere salvaguardato sul piano della prescrittività del dettato costituzionale, potrebbe, d'altro canto, ricoprire, in rapporto con le disposizioni statutarie, le normative statali di “guarentigie” costituzionali in vari ambiti. A parere di chi scrive, il caso della riforma dell'art.81 Costituzione può essere emblematico al riguardo: le discipline attuative di questo articolo (su impulso dell'UE), come già accennato in introduzione, presuppongono vincoli puntuali e stringenti all'autonomia finanziaria delle Regioni (cd. “Patto di Stabilità interno”) e, senz'altro, il Consiglio regionale sia in sede statutaria che in sede legislativa non può fare a meno di applicarle *in toto*.

Unite queste considerazioni alle riflessioni, effettuate poc'anzi, e agli orientamenti giurisprudenziali in tema di “coordinamento della finanza pubblica”, le disposizioni statali in materia diverrebbero inattaccabili da parte delle Regioni e l'autonomia statutaria, per i profili finanziari nei temi ad essa riservati, ne risulterebbe assai menomata. Quest'ultima previsione, riguardo l'interpretazione dell'armonia con la Costituzione, non si è “esplicitamente” avverata nei due casi in analisi, ma, a parere di chi scrive, vi è stata una “implicita” ammissione, da parte dei giudici costituzionali, che questa sia l'interpretazione più idonea da dare alla previsione del comma 1 dell'art.123. Infatti, la Corte nei due casi specifici, oggetto del presente lavoro, ha escogitato un altro modo per poter rendere le normative statali “inattaccabili” sul piano costituzionale, “celando”, a parere di chi scrive, una sentenza di rigetto delle pretese regionali in base ad una loro errata interpretazione dell'art.117, comma 3, sulla finanza pubblica (OLIVETTI, 2013; BIN, 2014). Il Giudice delle leggi ha, per l'appunto, adoperato come argomento principale per queste decisioni il limite di armonia con la Costituzione, specificando che armonia la si intende con il combinato disposto degli art.3, 48 e 51 Costituzione, che rappresenta un stratagemma ancora più efficace per rafforzare la guarentigia costituzionale delle disposizioni statali del dl. 138/2011 (l.148/2011).

2.2.1.- L' "ancoraggio" della Corte al principio di uguaglianza: un tentativo di dissimulare le ragioni di finanza pubblica?

La Corte ha costruito il suo ragionamento, in entrambe le sentenze in esame, facendo perno, come già accennato, sul combinato disposto tra gli articoli 3, 48 e 51:rispettivamente, nello specifico, il principio di uguaglianza e il diritto di elettorato attivo e passivo(art. 48 e 51), che rappresentano una diretta specificazione del più generale principio di uguaglianza dell'art.3.

Secondo i giudici della Consulta, la normativa censurata è finalizzata a fissare un "[...] rapporto tra il numero degli abitanti e quello dei consiglieri, e quindi tra elettori ed eletti (nonché tra abitanti, consiglieri e assessori), mira a garantire proprio il principio in base al quale tutti i cittadini hanno il diritto di essere egualmente rappresentati [...]", che cerca, poi, di prevenire "[...]una marcata disuguaglianza nel rapporto elettori-eletti [...]", raggugiando, infine, "[...]in misura differente alla popolazione il valore del voto degli elettori (e quello di scelta degli assessori) diversamente ponderato da Regione a Regione [...]"¹¹.

In sostanza, la Corte ha spiegato che il principio del decreto legge 138 mirava a garantire l'eguale rappresentanza in seno ai vari Consigli regionali: il voto, quindi, di un cittadino di una Regione avrebbe dovuto avere lo stesso valore ponderato di quello di un'altra Regione, in modo da poter stabilire una sorta di criterio di "armonizzazione" tra le varie realtà territoriali (OLIVETTI, 2013: 6; TRUCCO, 2013: 9). Un tentativo senz'altro apprezzabile sul piano astratto della teoria generale del diritto, ma che si scontra, incontrovertibilmente, con una serie di considerazioni, che impediscono di apprezzare in senso positivo l'*iter* logico dei giudici. *In primis*, il criterio proposto non fornisce, a parere di chi scrive, una sorta di corretta armonizzazione o attuazione del "diritto ad essere egualmente rappresentati" idonea a valere come "criterio generale" tra le varie Regioni ordinarie d'Italia, poiché nelle norme costituzionali indicate nella motivazione la proporzione suddetta o il "diritto ad essere egualmente rappresentati" è tutelato relativamente alla elezione di un medesimo organo, che sono le "Camere", e non a

¹¹ Corte Costituzionale sentenza 198/2012, punto 6.1 del "considerato in diritto"

organi diversi con popolazioni e territori eterogenei¹² (CARETTI, 2012: 196; OLIVETTI, 2013: 7).

In secundis, nel caso della sentenza 198, la Consulta ha utilizzato quest'*iter* per dimostrare l'infondatezza delle censure delle "sole" Regioni ordinarie, dichiarando invece incostituzionali le disposizioni del decreto convertito nei confronti di quelle a "Statuto speciale". Sinteticamente, la Corte ha riscontrato una menomazione dell'autonomia degli Statuti speciali, riconducendo la questione sul piano delle fonti: essendo gli Statuti speciali adottati con legge "costituzionale" ex art.116 Costituzione, solo una fonte di tale rango avrebbe potuto apporre delle modifiche a quest'autonomia. Al di là di questa ricostruzione, corretta sul piano formale, la criticità emerge nel rapporto con l'aggancio al principio di uguaglianza effettuato con le Regioni ordinarie. Se, infatti, per queste ultime il limite dell'armonia con la Costituzione era stato individuato tramite l'aggancio ad un "principio supremo dell'ordinamento costituzionale"¹³, quale è l'art.3, che ha natura di norma costituzionale inderogabile nella sua essenza e valevole per la totalità dell'ordinamento giuridico nazionale, allora non si comprende la fondatezza di un trattamento differenziato tra le varie Regioni. Essendo, quindi, la normativa statale, attuativa di un principio supremo per tutto l'ordinamento giuridico, così come le Regioni ordinarie non potrebbero eccipire alcunché (anche se lamentassero una menomazione di una loro prerogativa costituzionale), così dovrebbe avvenire per le Regioni speciali (OLIVETTI, 2013: 10; TRUCCO, 2013: 11-12; BIN, 2014: 1-2).

In ultimo luogo, in base alle rilevate incongruenze e contraddizioni, si può probabilmente affermare che la Corte abbia allestito quest'impianto argomentativo per poter dissimulare una sentenza di rigetto in base alla salvaguardia delle ragioni del Governo in tema di finanza pubblica. Il Giudice delle Leggi ha sostanzialmente confermato che l'impianto costituzionale delle autonomie territoriali, disegnato con le

¹² OLIVETTI (2013:7) in cui si fa riferimento alla proporzionalità delle circoscrizioni elettorali tra le varie Regioni per le Camere, che rispetta il diritto ad un'eguale rappresentanza. Per mostrare, invece, la difficoltà di prevedere gli stessi criteri di armonizzazione per i vari Consigli regionali si fa riferimento alla sproporzione tra i Consigli regionali della Lombardia e Molise (le Regioni rispettivamente più e meno popolate d'Italia); in questo senso anche CARETTI-TARLI BARBIERI (2012: 196 ss)

¹³ Corte Costituzionale sentenze 1/1956 e 1146/1988

riforme del 1999 e 2001, non possa in alcun modo mostrarsi idoneo per fronteggiare la grave deflazione economico-finanziaria della Repubblica. L'aver cercato di non porre esplicitamente la *ratio* delle decisioni su questo piano, ma tramite un aggancio molto forte, quale quello dell'art.3, può confermare benissimo quest'opinione dei giudici costituzionali. In particolare nella sentenza 35 della 2014 è, altresì, emblematica la “brevità” della motivazione e il semplice richiamo alle argomentazioni della 198.

3.- Il ruolo delle Regioni nel “federalising process” europeo: un depotenziamento continuo

Tirando le somme di questo contributo, si può tentare di fornire una risposta ad alcuni interrogativi, impostati nell'introduzione: uno riguardo ai profili costituzionali nazionali e l'altro riguardo la sfera sovranazionale.

In primo luogo, occorre interrogarsi su come si possa ridisegnare il quadro costituzionale riguardo all'autonomia statutaria e alla forma di governo regionale. La risposta risiede, senz'altro, nella necessità di una riforma, ex art.138 Cost, che renda più trasparenti ed intellegibili il dettato di alcune norme costituzionali. Ma ciò non basta: il tentativo di riforma, che bisognerà esperire, dovrà cercare di porre in atto una disciplina che assicuri trasparenza ed efficacia nei rapporti Stato-Regione nel “lungo periodo”. Ciò che infatti, a parere di chi scrive, il Legislatore costituzionale dovrà evitare è di porre in atto una disciplina che esca fuori dal concetto di “contingenza”: il grave stallo economico-finanziario ha prodotto, come nei casi studiati, normative statali, puramente, di ripiego su una situazione di difficoltà “contingente”, senza alcun tipo di programmazione futura.

Un esempio può essere il disegno di legge costituzionale “Boschi” dell'attuale Governo Renzi. Senza entrare nel dettaglio dei numerosi profili di riforma¹⁴, che presenta il disegno, occorre focalizzarsi sulla proposta di riforma dell'art.117 Costituzione, nella parte in cui la materia del “coordinamento della finanza pubblica” viene spostata alla potestà “esclusiva” dello Stato. La soluzione prospettata potrebbe

¹⁴ Da segnalare sono comunque l'abolizione dell'ente Provincia e delle materie di potestà concorrente, per cercare di razionalizzare e rendere più trasparenti i rapporti tra i livelli territoriali.

andare bene per la situazione contingente di crisi finanziaria, ma in una prospettiva futura qualcosa potrebbe incrinarsi nuovamente: alla luce dei rilievi effettuati, lascerebbe insoluto il nodo intorno all'autonomia statutaria (forma di governo regionale inclusa) ed ai limiti ad essa, poiché l'esercizio della detta prerogativa finanziaria, da parte dello Stato, potrebbe sempre portare a dei contrasti in tema di scelte "politiche" della Regione, essendo quest'ambito, nell'era della globalizzazione, "onnipresente" nella vita istituzionale di uno Stato. Si potrebbe obiettare che sarà sempre il Giudice delle Leggi a dirimere i conflitti in via principale tra i due livelli territoriali, ma, se è vero che prevenire è meglio che curare, lasciare alla Consulta il compito di "riscrivere" le norme costituzionali erroneamente redatte, situazione già riscontratasi dal 2001, non farà altro che acuire ancora di più i problemi degli enti territoriali e minare, ulteriormente, i loro spazi di amministrazione. Questo discorso potrebbe valere, però, solo se le classi politiche delle Regioni italiane tornassero a nuovamente a pratiche di buona amministrazione nel rispetto della legalità e degli amministrati¹⁵.

Sull'ultimo nodo da sciogliere, inerente al tema del "*federalising process*" italiano nel processo d'integrazione UE, si è, senza ombra di dubbio, di fronte ad una grande prova di resistenza per il costituzionalismo italiano. Crisi economica e globalizzazione hanno contribuito notevolmente a mutare la "forma" dello Stato novecentesco e del costituzionalismo liberal-democratico moderno, mettendo in discussione una serie di certezze, che si credevano immutabili. Infatti, alla luce del recente *enlargement* dell'UE, dei mercati finanziari e delle agenzie di *rating*, oramai nuovi attori protagonisti dei meccanismi istituzionali mondiali, occorrerebbe ripensare sulla struttura della forma di Stato-territoriale e a colmare il grave *deficit* di prescrittività del testo costituzionale (MORRONE, 2012:831). Questi ultimi due profili, che rappresentano i *case studies* dai quali si dovrà ripartire per cercare in futuro di risolvere le seguenti questioni, sono stati intaccati, perché, nel caso italiano, il loro impianto era già "debole" e assolutamente inadatto a reggere il comunque massiccio

¹⁵ Non bisogna dimenticare, infatti, che il diritto costituzionale è il tentativo di fornire delimitazioni di stampo giuridico all'agire politico. Ancora una volta sarà sempre la politica a stabilire la bontà o meno dell'operato del Paese.

urto della crisi economica globale. Dal punto di vista del diritto costituzionale interno, si è già detto poc'anzi su come si potrebbe intervenire per risolvere le questioni. Ma anche, dal punto di vista sovranazionale, la risoluzione dovrebbe essere simile: l'Unione Europea ha bisogno di riscrivere la sua forma di Stato, superando quell'assetto, che un noto costituzionalista italiano ha definito "ermafrodito", portando avanti con decisione e coraggio un nuovo progetto di Costituzione Europea. Quello che infatti abbisogna l'UE è di formare un assetto statale stabile, trasparente e programmato a lunghissimo termine: l'*enforcement* dei recenti trattati, in tema di finanza pubblica, ha cercato di tappare dei buchi, lasciati insoluti e preda degli andamenti del ciclo economico, senza alcun tipo di programmazione a lungo termine. Questo, non solo poi sulla finanza pubblica, ma anche nei rapporti con gli Stati membri e le loro autonomie locali, che rappresentano a seguito del principio di sussidiarietà l'interfaccia delle istituzioni UE più "vicino" al cittadino europeo. Partendo, però, da un'opera di riforma e di responsabilizzazione, nei sensi indicati, delle istituzioni nazionali e dell'articolazione territoriale dello Stato italiano, senz'altro si compierà un primo passo importante verso un rinvigorismento dell'apparato istituzionale dell'UE (considerato il, comunque fondamentale, peso che ha l'Italia nel processo d'integrazione europea) e per creare, finalmente, una forma di Stato europea, fondata su una struttura "costituzionale", che si basi su rapporti trasparenti ed efficaci con gli Stati membri e le loro autonomie territoriali: esse devono essere salvaguardate da questo continuo depotenziamento, che potrebbe a loro volta portare a fenomeni di separazione e dissoluzione assolutamente mortiferi per l'Unione Europea stessa.

Riferimenti bibliografici

Roberto BIN (2014), *"Quando la Corte calza gli scarponi"* n.1 "Le Regioni" Rivista Telematica.

Antonio BRANCASI (2004), *"il coordinamento della finanza pubblica come potestà legislativa e come funzione amministrativa"* n.2 Le Regioni Rivista Telematica.

Paolo CARETTI- Giovanni TARLI BARBIERI, (2012) *“Diritto Regionale”* Giappichelli, Torino.

Luigi CORVAJA (2013), *“Statuti regionali e leggi della Repubblica”* in n.1 Rivista *“Le Regioni”* Rivista Telematica.

Adriano DI PIETRO (2011), *“Federalismo fiscale e nuova governance europea”* Atti di Convegno, organizzato dalla Corte dei Conti Palermo.

DIPARTIMENTO RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO (2013)-Servizio Studi- Dossier, *“L’attuazione costituzionale del principio di pareggio di bilancio(l.243/2012)”*.

Federico GHERA (2012), *“Limite dell’armonia con la Costituzione e leggi ordinarie dello Stato nella sentenza 198/2012”* n.4 Rivista Telematica AIC.

Laura MACCARRONE (2012), *“Sui costi della politica la Corte marca la differenza tra Regioni ordinarie e speciali”* n.19 Federalismi Rivista Telematica.

Gianluca MAROLDA (2014), *“Il Governo del Presidente: patologia o fisiologia del parlamentarismo italiano?”* Database Tesi Online.

Andrea MORRONE (2012), *“Teologia economica v. Teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale”* Quaderni Costituzionali n.4 Il Mulino Bologna; (2013) *“Il Presidente della Repubblica in trasformazione”* n.2 Rivista Telematica AIC .

Marco OLIVETTI (2012), *“Il colpo di grazia. L’autonomia statutaria delle Regioni ordinarie dopo la sentenza n.198/2012”* Rivista Telematica *“Amministrazione in cammino”*.

Elena PATTARO (2013), *“La prassi del Governo Monti”*n.2 percorsi Costituzionali;

Giovanni PITRUZZELLA (2012), *“Chi governa la finanza pubblica in Europa?”*n.1 Quaderni Costituzionali Bologna.

Antonio RUGGERI (2011), *“L’art.94 della Costituzione vivente: il Governo deve avere la fiducia dei mercati”* n.2 Percorsi Costituzionali.

Lara TRUCCO (2013), *“Materia elettorale e forme di governo regionali tra principi costituzionali e politiche di contenimento della spesa nelle decisioni n.151 e 198 del 2012 della Corte Costituzionale”* Rivista Consulta Online.

LA 6ª REFORMA DEL ESTADO EN BÉLGICA – ¿UN PROBLEMA O UNA SOLUCIÓN?

José Miguel Martín Rodríguez

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Sumario:

- 1.- La Unión Europea, un conglomerado de Estados heterogéneos.
- 2.- La Unión Europea, un conglomerado de Estados heterogéneos.
- 3.- La configuración federal de Bélgica y sus tensiones internas.
- 4.- La 6ª Reforma del Estado, ¿un nuevo problema o una solución?
- 5.- Conclusiones.

Resumen en español

El pasado 1 de julio de 2014 entraba en vigor la 6ª reforma del estado belga. Un nuevo paso que ahonda en el federalismo fiscal e incrementa las competencias de las tres regiones: Flandes, Valonia y Bruselas-Capital. Esta reforma es el acuerdo que puso fin a una de las mayores crisis políticas de la historia de Europa: 535 días sin poder formar gobierno. La clara disparidad entre la estructura económica y social de las tres regiones belgas se ve agravada por la profunda división cultural entre las dos principales comunidades, la flamenca y la francófona. La 6ª reforma del Estado trata de principalmente al impulso descentralizador de la región de Flandes. Del mismo modo, la reforma trata de poner solución a los problemas endémicos de financiación de la región de Bruselas-Capital. En último término, la reforma no puede olvidar la solidaridad con la región de Valonia, principal perjudicada con el incremento de la autonomía fiscal. En este trabajo trataremos de examinar el resultado de esta 6ª reforma y subrayar aquellos elementos que pueden ser de especial interés para comprender el fenómeno de los regionalismos centrifugos en la Unión Europea.

Abstract in italiano

LA 6ª RIFORMA DELLO STATO IN BELGIO: UN NUOVO PROBLEMA O UNA NUOVA SOLUZIONE?

Il 1° luglio 2014 è entrata in vigore la 6a Riforma dello stato belga. Un nuovo passo che approfondisce nel federalismo fiscale e aumenta i poteri tributari delle tre regioni: Flanders, Vallonia e Bruxelles-Capitale. Questa è frutto dello accordo per risolvere una delle crisi più grande nella storia politica contemporanea d'Europa: 535 giorni senza governo. La evidente disparità tra la struttura economica e sociale delle tre regioni belghe è esacerbata con la profonda divisione culturale tra le due comunità principali, i fiamminghi e i francesi. Questa 6a Riforma dello stato risponde soprattutto all'impulso di decentramento della regione fiamminga. Allo stesso modo, la riforma cerca di solucionar i problemi endemici di finanziamento della regione di Bruxelles-Capitale. Per ultimo, la riforma non può dimenticare la solidarietà con la regione della Vallonia, principale lesa con l'aumento della autonomia fiscale regionale. In questo paper aspiramo a valutare questa 6a riforma e sottolineare gli elementi che possono essere di particolare interesse per comprendere il fenomeno del regionalismo centrifugoi nell'Unione Europea.

Abstract in English

THE 6TH REFORM OF THE STATE IN BELGIUM: A NEW PROBLEM OR A NEW SOLUTION?

Last July 1st 2014, came into force the 6th Reform of the Belgian State. A new step that deepens fiscal federalism and increases the tax competences of the three Belgian regions: Flanders, Wallonia and Brussels-Capital. This reform is the agreement that solved one of the biggest political crisis in recent European history: 535 days without government. The great disparities among economic and social structures of the three Belgian regions are aggravated by the profound cultural division between the two main communities, the Flemish and the French one. The 6th State reform responds mainly to the decentralization impulse of the Flemish region. In the same way, the reform tries to resolve the endemic financing problems of Brussels-Capital region. Finally, the reform should not forget the solidarity with the Wallonia region, main harmed by the increase of regional fiscal autonomy. In this paper we will try to examine the outcome of this 6th reform and emphasize those elements which may be of special interest to understand the phenomenon of centrifugal regionalisms in the European Union.

1.- Introducción

El pasado 1 de julio de 2014 entraba en vigor la 6ª reforma del estado belga. Un nuevo paso que ahonda en el federalismo fiscal e incrementa las competencias de las tres regiones: Flandes, Valonia y Bruselas-Capital. Esta reforma es el acuerdo que puso fin a una de las mayores crisis políticas de la historia de Europa: 535 días sin poder formar gobierno. La clara disparidad entre la estructura económica y social de las tres regiones belgas se ve agravada por la profunda división cultural entre las dos principales comunidades, la flamenca y la francófona.

La 6ª reforma del Estado trata de principalmente al impulso descentralizador de la región de Flandes. Del mismo modo, la reforma trata de poner solución a los problemas endémicos de financiación de la región de Bruselas-Capital. En último término, la reforma no puede olvidar la solidaridad con la región de Valonia, principal perjudicada con el incremento de la autonomía fiscal.

En este trabajo trataremos de examinar el resultado de esta 6ª reforma y subrayar aquellos elementos que pueden ser de especial interés para comprender el fenómeno de los regionalismos centrífugos en la Unión Europea.

2.- La Unión Europea, un conglomerado de Estados heterogéneos

La Unión Europea (UE) es fruto de un proceso de cesión de competencias a un ente supranacional por parte de Estados nacionales. La intensidad, continuidad y relevancia de las competencia ejercidas por la Unión han creado un sistema sin parangón en la historia de la humanidad. Los Estados miembros de la UE, sin embargo, son complejos y heterogéneos desde el punto de vista de su división política y territorial. En la UE conviven Estados muy centralizados como Francia con otros estructurados en forma de federación como Alemania¹. En este sentido, es cierto que las tensiones territoriales en los Estados más descentralizados no suelen formar parte del debate comunitario. De hecho, la respuesta de la UE ante el desafío

¹ Formalmente solo existen tres Estados federales en la UE: Alemania, Bélgica y Austria. No obstante, son muchos los autores que sitúan a España como un Estado federal *de facto*, o “cuasi federal”, especialmente en el plano fiscal. Véanse, entre otros: ÁLVAREZ Y MOLERO, 2011, p. 39 y ASENSIO, 2003, p. 57.

independentista en Cataluña es calificarlo de “asunto interno”². No obstante, la tendencia descentralizadora en muchos Estados miembros y la creciente presión de algunas regiones para gozar de mayor autonomía crean una fuerza centrífuga que choca con la configuración centrípeta de la UE.

Muchas de las políticas de la UE son puestas en práctica por gobiernos regionales con amplias competencias en materias como empleo, medioambiente o consumo. A pesar de ello el interlocutor ante las instituciones comunitarias sigue siendo de modo preminente el Estado, quedando aún lejos el proyecto de una UE de las regiones, en la que éstas sean interlocutoras directas ante las instituciones comunitarias.

En este trabajo examinamos los últimos avances de un proceso descentralizador en el corazón mismo de la UE: Bélgica. A raíz del mismo plantearemos una serie de cuestiones con relevancia transversal para aquellos Estados miembros con dinámicas territoriales similares: ¿Hasta dónde puede alcanzar un proceso descentralizador sin afectar a la naturaleza soberana del Estado central? ¿Existen competencias irrenunciables para mantener la coherencia del proyecto de la UE? ¿Estamos ante procesos en los que las regiones impulsoras de los cambios mantendrán una agenda creciente de demandas?

La crisis económica ha supuesto un reto para las instituciones comunitarias, poniendo en evidencia las rigideces y limitaciones de los procesos de decisión en la UE. Ahora que algunas auguran que se puede vislumbrar la luz al final del túnel nos atrevemos a vaticinar que el próximo gran reto al que se enfrenta la UE es el de articular un modo de convivencia en el que las regiones de los Estados más descentralizados vean algunas de sus pretensiones satisfechas.

3.- La configuración federal de Bélgica y sus tensiones internas

El artículo 1 de la Constitución belga proclama que *“Bélgica es un Estado federal que se compone de comunidades y de regiones”*. La característica distintiva de

² Es cierto que no dejan de recordar que la hipotética independencia de un territorio de un Estado miembro dejaría el nuevo territorio fuera de la UE en un principio. Véase: “Barroso a Mas: la consulta es un asunto interno y Catalunya quedaría fuera de la UE si se independiza”, *Expansión*, 8 de enero 2014.

este sistema federal es que ambos tipos de entidades federadas se superponen y en ocasiones prácticamente se confunden. En concreto el Estado belga se estructura en tres Comunidades, la francesa, la flamenca y la germanófono, división realizada conforme al elemento lingüístico. Por otro lado, se articulan tres Regiones en el plano territorial: la valona, la flamenca y la Región de Bruselas-Capital. En la práctica las Comunidades francesa y flamenca coinciden aproximadamente con las Regiones valona (sur) y flamenca (norte), con la peculiaridad que plantea la existencia de una región central como Bruselas-Capital en que conviven ambas Comunidades, siendo idiomas oficiales en la misma tanto el flamenco como el francés.

Las Comunidades tienen atribuidas las competencias que la constitución belga denomina “personalizables”³, siempre vinculadas al elemento lingüístico como cultura, enseñanza o patrimonio cultural. Las Regiones por su parte, responden al modelo territorial clásico de otros Estados descentralizados y asumen competencias de índole más económica como urbanismo, economía o medio ambiente, atribuidas mediante ley, dado que la constitución guarda silencio al respecto. Empezando en 1970, este modelo había sido reformado hasta en cinco ocasiones (1970, 1980, 1989, 1993 y 2001) en un creciente proceso descentralizador que otorgaba mayores competencias y financiación a las Comunidades y principalmente a las Regiones⁴. El principal impulso de este proceso ha sido el creciente peso en el gobierno belga de partidos flamencos que reivindican una mayor autonomía fiscal para reducir impuestos⁵.

En la práctica nos enfrentamos a la clásica lucha, común en los Estados descentralizados europeos, de las regiones más ricas o con mayor potencial por gestionar por sí mismas un mayor volumen de sus recursos. Así sucede en España con la tensión independentista en Cataluña, en Reino Unido con el referéndum en Escocia o en Italia con el naciente poder de la *Lega Nord* en Lombardía. Esta tensión es fruto de una verdad irrefutable: una región con mayor actividad económica tenderá a verse

³ GARCÍA MARTÍNEZ, 2012, p. 9.

⁴ En el año 1993 es donde se inicia la senda federal belga, con el reconocimiento de las regiones y las comunidades en la constitución y la cesión de las primeras competencias.

⁵ MARCEL, 2001, p. 14.

beneficiada, comparativamente, por un aumento de su autonomía y corresponsabilidad fiscal.

La situación política en Bélgica en los últimos años ha desembocado en su sexta reforma del Estado, en la que se da un nuevo paso en la senda descentralizadora iniciada en 1970. Este proceso se inició con la dimisión del primer ministro **Yves Leterme** en abril de 2010, situación que condujo al país a unas nuevas elecciones en junio del mismo año. En las mismas se acentuó la división entre flamencos y francófonos con la victoria del partido independentista flamenco conservador NV-A. Su contrapunto estaba en el ascenso del partido socialista valón encabezado por Elio di Rupo, a la postre nombrado primer ministro en el juego de coaliciones.

La negociación para esquivar las pretensiones de los independentistas flamencos fue dura, muy dura, hasta el punto de llevar a Bélgica a batir el récord *Guinness* de Estado sin gobierno: 589 días. ¿Cómo se consiguió dar forma a un pacto que permitiera aplacar las crecientes demandas de la región flamenca con el afán unitario del sur? La sexta reforma del Estado belga, en adelante la Reforma, es la respuesta a esta crisis política sin precedentes que, no obstante, no impidió a Bélgica, apoyada en los gobiernos locales y regionales, mantener una senda positiva en el ámbito económico alejando los fantasmas de su aparente inestabilidad.

Los principales desafíos internos que afronta esta Reforma no son ajenos a los de otros Estados europeos que albergan en su seno regiones con pretensiones secesionistas o de mayor autonomía. En primer lugar la región de Flandes, más próspera económicamente y con gobiernos tradicionalmente conservadores, aspira a una mayor autonomía fiscal que le permita reducir impuestos e incrementar, más si cabe, su competitividad interior respecto a las demás regiones. En segundo lugar la Reforma trata de poner solución a los problemas en torno a la región de Bruselas-Capital, en la que el francés es el idioma mayoritario pero que geográficamente está ubicada en territorio de Flandes. Aparte del problema cultural por la aparente “invasión” francófona de Flandes, esta región se ve seriamente perjudicada por el sistema de financiación basado en cesiones del impuesto sobre la renta, ya que gran parte de los trabajadores en dicha región (por ejemplo los funcionarios de las

instituciones europeas o los *commuters* que viven en otras poblaciones cercanas más baratas) no tributan como residentes en la misma región a pesar de requerir y utilizar sus servicios. Finalmente, la Reforma no puede olvidar la solidaridad con la región de Valonia, principal perjudicada con el incremento de la autonomía fiscal y que ve con recelo la pérdida de poder del Estado federal.

4.- La 6ª Reforma del Estado, ¿un nuevo problema o una solución?

Debemos comenzar por advertir que la sexta reforma del Estado belga nace con una grave carencia de legitimidad que puede suponer un riesgo para su estabilidad en el tiempo: el partido independentista flamenco NV-A, el más votado en las elecciones de 2010, no ha participado en este proceso. Este hecho permite comprender en parte las dificultades para formar gobierno, pues para conformar el mismo con las mayorías necesarias fueron necesarios nada menos que ocho partidos diferentes, cuatro flamencos y cuatro francófonos. Una vez configurado el gobierno estaba claro que su estabilidad pasaba por una nueva Reforma que integrara las pretensiones de los partidos regionales.

El principal punto de fricción para impulsar la Reforma era el estatus de 35 municipios de la periferia del Bruselas que la región de Flandes reclamaba para sí. Finalmente solo 6 de ellos mantendrán su vinculación con Bruselas, siendo los restantes integrados en Flandes. Superado este escollo el acuerdo para dotar de mayor autonomía a las regiones y comunidades ha sido relativamente sencillo. El Estado federal cederá competencias y recursos por valor de 20.000 millones de euros (aproximadamente un 40% más que en la actualidad. La Reforma, aprobada en julio de 2013 ha entrado en vigor el 1 de julio de 2014. Veamos cuáles son los principales aspectos de la misma:

a) Incremento de las competencias de las regiones y las comunidades en materia de empleo, prestaciones familiares y sanidad, partidas en las que se concentra el mayor volumen de recursos.

b) Aumento de la autonomía fiscal de las Regiones cambiando el modelo de cesión recaudatoria del impuesto sobre la renta por un sistema de impuesto

conjunto con fijación de tipos propios regionales. Además, se aumenta su autonomía para crear deducciones y bonificaciones.

c) Sistema de compensación decreciente durante 10 años para garantizar una introducción paulatina de la Reforma de modo que esta sea plenamente neutral en el plano presupuestario para las regiones y comunidades en su primer año de introducción.

d) Mantenimiento del Estado federal como garante de la solidaridad institucional e interpersonal y la progresividad del impuesto, fijándose límites que impidan una competencia fiscal entre las regiones.

e) Las entidades federadas, regiones y comunidades, deberán contribuir a los costes de endeudamiento del Estado belga, con una deuda pública superior al 105% del PIB así como al equilibrio presupuestario.

f) Financiación adicional para la región de Bruselas-Capital en torno a 500 millones de euros anuales para dar respuesta a sus gastos complementarios en materia de transporte, bilingüismo o seguridad así como para compensar la existencia de *commuters* y funcionarios internacionales.

Es cierto que esta Reforma no plantea realmente nada nuevo, pues por sexta vez se limita a transferir competencias del Estado federal a las entidades federales, regiones y comunidades⁶. No obstante es cierto que la cesión alcanza campos que hasta entonces habían sido líneas rojas en la negociación como la seguridad social o el impuesto sobre la renta. De este modo, la sexta Reforma plantea profundos cambios en el sistema de relaciones entre las entidades federales y el Estado federal, con un gran volumen de recursos en favor de las primeras vía mayor cesión de impuestos estatales y transferencias sujetas a actualización para hacer frente a nuevas competencias. Observamos en este proceso un incremento en paralelo de la corresponsabilidad fiscal y de la autonomía tributaria, elementos que entrarán paulatinamente en escena a medida que vaya desapareciendo el sistema de compensación previsto.

⁶ BOUILLON, 2013.

Uno de los aspectos más temidos de este proceso es el nacimiento de una mayor competencia fiscal entre las regiones, que tendrán a partir de ahora más autonomía para bonificar el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Por suerte, ha quedado fuera de la Reforma la descentralización del impuesto sobre sociedades, tributo mucho más sensible a la competencia fiscal. No obstante, la existencia de amplias zonas de frontera entre las tres regiones puede beneficiar a aquella que pueda permitirse fijar una menor presión fiscal sobre la renta personal, atrayendo contribuyentes. Sin duda alguna Flandes, gobernada además por partidos de corte liberal, puede situarse de nuevo en una clara posición de ventaja en este sentido⁷.

El Estado belga cuenta en este sentido con la negativa experiencia vivida con la cesión de competencia normativas en materia de impuesto sobre sucesiones. La rápida eliminación práctica del impuesto en la región de Flandes desembocó en una deslocalización en su favor que aconseja (como sucede actualmente en España⁸), una recuperación de competencias por parte del Estado federal⁹.

5.- Conclusiones

El complejo proceso de aprobación de la sexta Reforma del Estado en Bélgica ha sido fruto de su difícil situación política, con un sistema de partidos atomizado en el que existe una clara división entre partidos flamencos y francófonos.

Los resultados de la Reforma continúan en la senda observada en otros Estados descentralizados como España en los últimos años: *más, más y más*¹⁰. Más

⁷ Así lo han corroborado trabajos que han evaluado los efectos de la Reforma federal del año 2001 en el periodo 2002-2009, en los que se constata que la Región de Flandes ha sido la más beneficiada por la autonomía fiscal, siendo en ocasiones las otras dos regiones meras “imitadoras” de sus reducciones tributarias, limitándolas en la medida de lo posible para mitigar los efectos sobre sus más maltrechas cuentas públicas. Véase: DECOSTER, VALENDUC y VERDONCK, 2009, p. 182.

⁸ Así lo ha sugerido el *Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español*, presentado el mes de febrero de 2014. En concreto, el Informe señala que, para evitar las diferencias interregionales de tributación entre herencias similares, “sería recomendable que la normativa estatal fijara unos límites máximos y mínimos, dentro de los que pudieran moverse las capacidades normativas autonómicas”. Véase: *Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español*, p. 249.

⁹ VANOVERBEKE, 2000.

¹⁰ El paralelismo entre el proceso de descentralización fiscal en Bélgica y en España es evidente e incluso alarmante, siendo extensible al caso belga las palabras empleadas por ÁLVAREZ y MOLERO para referirse al proceso español: “Se trata así de un proceso que parece no tener fin, incapaz de asentarse en una configuración estable. Véase: ÁLVAREZ y MOLERO, 2011, p. 37.

competencias para las entidades federadas, en este caso estrechamente vinculadas a la atención al ciudadano (prestaciones familiares, cuidado de la tercera edad, sanidad, etc.); más financiación incrementando la cesión de impuestos y las transferencias directas, primando eso sí la corresponsabilidad fiscal y, finalmente, más diferencias entre los territorios, aceptando la creación de sistemas tributarios con marcadas particularidades interregionales y permitiendo potenciales diferencias de trato en el acceso a servicios públicos esenciales.

El Estado da un paso atrás, cediendo competencias sensibles que incrementan la visibilidad de la acción de las regiones y las comunidades. Sin embargo, el sistema tributario apenas cambia a pesar del ligero aumento de la corresponsabilidad y autonomía fiscal. La mayoría de los recursos siguen procediendo de la cesión de figuras tributarias federales como el IVA o el impuesto sobre la renta, por lo que el desgaste de las entidades federadas en este sentido es mínimo. La posibilidad de fijar tipos incrementados en el impuesto sobre la renta, además, no hace sino incrementar las potenciales disparidades regionales en Bélgica. La solvencia financiera de la región de Flandes le ha permitido, desde el inicio del proceso de descentralización fiscal, emplear su poder tributario para reducir impuestos. Las demás regiones belgas, con peor balance fiscal, apenas pueden seguir esta senda y ven peligrar algunas bases fiscales móviles, tal y como ha sucedido en materia de sucesiones y donaciones tras la reforma del año 2001.

¿Realmente estas cesiones tienen como objetivo mejorar la corresponsabilidad fiscal de las regiones? En nuestra opinión estamos ante simples excusas para reducir la solidaridad interregional del sistema tributario y potenciar las disparidades interregionales en favor de las regiones que por motivos históricos gozan de una situación económica más ventajosa. Este efecto se acentúa en el caso de Bélgica, en el que el juego de competencia entre las regiones es mucho más simple que en Estados con un mayor número de regiones como España. Existe una clara contradicción entre esta descentralización fiscal sin frenos en favor de las regiones y los movimientos de la Unión Europea hacia cualquier suerte de unión fiscal que desemboque en un menor poder de los Estados miembros en favor de un ente superior. Es por ello que

observamos claros riesgos de confrontación entre las pretensiones de las regiones y el proyecto europeo que requieren de un examen pausado que impide una ruptura interior de la UE.

No solo eso, la experiencia española nos enseña que la desaparición práctica del Estado central en muchos servicios esenciales de la vida de los ciudadanos como la educación puede crear una brecha de legitimidad y exaltar los sentimientos de nacionalismos centrífugos. La cesión de competencias en favor de entes subcentrales es un proceso sin retorno y sin fin, la Reforma del Estado belga analizada es simplemente un nuevo episodio. El resultado es una fragmentación interna que dificulta las relaciones horizontales entre los Estados miembros. Como no nos cansaremos de advertir, no deja de ser paradójico que el complejo proceso de construcción de la UE haya consistido en la suma de Estados, mientras que paralelamente algunos de éstos se descomponen internamente de forma irremediable.

Aunque aún es pronto para analizar las consecuencias empíricas de la Reforma del Estado federal en Bélgica sí que podemos vaticinar algunos efectos sobre las disparidades regionales. Posiblemente se remarquen aún más las diferencias en el nivel de servicios públicos en favor de la Región de Flandes, toda vez que a medida que desaparezcan las medidas correctoras, mejorará comparativamente su financiación respecto a las demás regiones. Además esto puede redundar en favor de los propios independentistas flamencos que quedaron al margen del pacto de la Reforma, toda vez que acentuará la percepción de que la Región de Flandes mejora su situación a medida que incrementa su nivel de autonomía.

Al final, la Unión Europea tendrá que instrumentar los mecanismos para controlar esta agenda creciente de demandas e impedir así que a nuestro proyecto de integración le surja una poderosa oposición regional. Un riesgo evidente en Estados como Bélgica en que el reducido número de regiones posibilita un claro acceso de los nacionalismos centrífugos a las esferas más altas de decisión.

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ, J. L. y MOLERO, J. C. (2011) “Federalismo fiscal y descentralización: España, un caso atípico”, en AA.VV., *Cómo reformar las Administraciones Territoriales*, Círculo de Empresarios, Madrid, p. 19-46.

ASENSIO, M. A. (2003) *Descentralización y federalismo fiscal en la Unión Europea y el Mercosur*, UNL, Santa Fe (Argentina).

BOUILLON, P. (2013) “Un Etat en mutation depuis plus de 40 ans”, *Le Soir*, 13 de julio.

DECOSTER, A.; VALENDUC, C. y VERDONCK, M. (2009) “L'autonomie fiscale des Régions en Belgique: Evaluation et perspectives”, *Federale Overheidsdienst Financiën – België*, núm. 4, p. 167-191.

GARCÍA MARTÍNEZ, A. (2012) *La autonomía tributaria de las entidades federadas en Bélgica*, Departament de Governació i Relacions Institucionals, Generalitat de Catalunya.

MARCEL, G. (2001) “Fiscal Federalism in Belgium”, *Conference on Fiscal Imbalance*, Québec, 13-14 Septiembre, Atelier de Recherche sur la Politique Economique et la Gestion de l'Entreprise, p. 14.

VANOVERBEKE, D. (2000) “L'autonomie fiscale, suite du striptease belge? Un accord, deux lectures”, *Le Soir*, 7 de enero.

HACIA UNA “FEDERALIZACIÓN” DE ESPAÑA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

Sonsoles Arias Guedón

*Universidad de Navarra
Universidad Pontificia Comillas*

Sumario:

- 1.- Planteamiento actual de la cuestión. Evolución del Estado autonómico español.
- 2.- La República Federal de Alemania hoy en día, como modelo federal por antonomasia en Europa.
- 3.- A la luz del modelo federal alemán y del imparable proceso de integración europea ¿Es posible una federalización de España?

Referencias bibliográficas

Resumen en español

HACIA UNA “FEDERALIZACIÓN” DE ESPAÑA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

El Sistema Autonómico Español, proclamado en la Constitución Española de 1978, vive inmerso en una grave crisis de identidad. Ello ha sido provocado, entre otros factores, por la presión ejercida desde sus inicios por parte de los partidos políticos nacionalistas (en Cataluña y País Vasco, esencialmente) y ahora, en estos años de dificultad económica, propiciado por quienes abogan por una redistribución eficiente de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como por una reducción del desbordado entramado administrativo fruto del actual modelo territorial español. Un elemento clave de esta crisis lo constituye Cataluña. La aprobación de la última reforma de su Estatuto de Autonomía en 2006, refrendado en parte por el Tribunal Constitucional español mediante la Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010, ha permitido defender sin complejos un mayor autogobierno de la región, llegando incluso a perseguir, en última instancia, la total independencia de Cataluña como nación. Esto ha desembocado en innumerables estudios por parte de los constitucionalistas, a fin de encontrar la solución que mejor se adecúe (i) al sistema constitucional español vigente y (ii) a los deseos de los ciudadanos españoles y, en particular, a los de los catalanes. Una de las soluciones que se barajan es la transformación del Estado autonómico español en un Estado federal, de tal manera que los nuevos Estados miembro puedan gozar de autonomía constitucional suficiente y, llegado el caso, de la tan ansiada y plena soberanía que reclaman.

Para ello, se toma como referencia el Sistema federal por antonomasia: el proclamado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 para la República Federal de Alemania, cuya visión ayudará a vislumbrar, con sus ventajas y vicisitudes, un nuevo camino en la organización territorial española.

Abstract in italiano

VERSO UNA “FEDERALIZZAZIONE” DELLA SPAGNA: UN’ANALISI ALLA LUCE DEL SISTEMA FEDERALE TEDESCO

Il Sistema delle Autonomie spagnolo, previsto dalla Costituzione spagnola del 1978, sta attraversando una grave crisi di identità. Tale situazione è stata causata, tra gli altri fattori, dalla pressione esercitata fin dagli inizi dai partiti politici nazionalisti (in Catalogna e nei Paesi Baschi, essenzialmente) e ora, in questi anni di difficoltà economiche, è stata favorita da quanti sostengono una ridistribuzione efficiente delle competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome e una razionalizzazione dell’enorme struttura amministrativa dell’attuale modello territoriale spagnolo. Un elemento chiave di questa crisi è rappresentato dalla Catalogna. L’adozione dell’ultima riforma dello Statuto di Autonomia del 2006, approvato in buona parte dalla Corte

costituzionale spagnola con sentenza 31/2010, del 28 giugno 2010, ha permesso la difesa indisturbata di un maggiore livello di auto-governo della regione, con il fine di conseguire, in ultima analisi, la totale indipendenza della Catalogna come nazione. Ciò ha portato a innumerevoli studi da parte dei costituzionalisti, al fine di trovare la soluzione che meglio si adatti (i) al sistema costituzionale spagnolo vigente e (ii) alla volontà dei cittadini spagnoli e, in particolare, dei catalani. Una delle soluzioni considerate prevede la trasformazione dello Stato Autonomico in Stato federale, in modo che i nuovi Stati membri possono godere di un'adeguata autonomia costituzionale e, se del caso, della tanto attesa e rivendicata piena sovranità.

A tal fine, si prende come riferimento il sistema federale per eccellenza: quello proclamato dalla legge fondamentale del 1949 per la Repubblica federale di Germania, il cui studio aiuterà a intravedere, con i suoi vantaggi e le sue vicissitudini, un nuovo percorso nella organizzazione territoriale spagnola.

Abstract in English

TOWARDS “FEDERALIZATION” OF SPAIN: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE GERMAN FEDERAL

The Spanish State of Autonomies, proclaimed in the Spanish Constitution of 1978, is immersed in a serious identity crisis. This has been caused, among other factors, by the pressure from the start by the nationalist political parties (in Catalonia and the Basque Country, essentially) and now, in these years of economic hardship, led by advocates of efficient redistribution of powers between the State and the Autonomous Communities, as well as a reduction of immeasurable framework that assumes the current Spanish territorial model. A key element of this crisis constitutes Catalonia. The adoption of the latest reform of the Statute of Autonomy in 2006, almost entirely endorsed by the Spanish Constitutional Court by the Judgment of 28 June 2010, unapologetic defence has allowed greater self-government in the region, even to pursue ultimately, the full independence of Catalonia as a nation. This has led to numerous studies by the Constitutionalists, in order to find the solution that best suits (i) the Spanish constitutional system and (ii) the wishes of the Spanish people –in particular to the Catalans–. One solution being considered is the transformation of the Spanish autonomous state into a federal state, so that the new member states may enjoy sufficient constitutional autonomy and, where appropriate, of the longed claiming sovereignty.

To do this, it draws the federal system par excellence: the proclaimed in the Fundamental Law (*Grundgesetz*) of 1949 for the Federal Republic of Germany. It helps to glimpse, with its advantages and vicissitudes, a new path in the Spanish territorial organization.

1.- Planteamiento actual de la cuestión. Evolución del Estado autonómico español

Con casi cuarenta años a sus espaldas, la Constitución española cuenta con una sólida vigencia y, podemos afirmar también, goza de buena salud democrática. Sólo ciertos aspectos concretos han sido –y continúan siendo, hoy en día– cuestionados, ciertamente con mayor intensidad en la última década. El modelo territorial constitucionalmente consagrado constituye, sin duda, uno de los mayores quebraderos de cabeza de la vida política española actual y ocupa la mayor parte de los debates políticos y jurídico-constitucionales de nuestros días. Se puede decir que el modelo autonómico español sufre hoy en día una verdadera paradoja: por un lado, se encuentra con un cuestionamiento *ad intra*, pues las fuerzas nacionalistas puján por un mayor autogobierno –cuando no por la plena independencia–; y con una debilitación de sus instituciones *ad extra*, dado el imparable desarrollo de la política común europea y la cesión que, de forma progresiva e inevitable, realizan los estados miembros de la Unión.

En todo el proceso de desarrollo autonómico español¹, iniciado con la aprobación de nuestra Constitución de 1978 y que, aún hoy en día continúa en constante cambio, se han producido determinados hitos que han marcado el devenir de nuestro sistema de las autonomías. Tras las distintas fases de reformas estatutarias –la primera al comienzo de la década de los 90 del siglo pasado, la segunda al albor del nuevo siglo y, finalmente, la última realizada hace no más de 10 años–, podemos decir que las Comunidades Autónomas han alcanzado cotas de autogobierno impensables en otros Estados compuestos del mapa mundial, y sus Estatutos de Autonomía parecen asimilarse más a las Constituciones propias de un modelo federal, que a aquella ley de naturaleza *sui generis* –estatal, por un lado (debido a su aprobación por

¹ Decimos conscientemente *proceso de desarrollo autonómico* porque nadie pone en duda ya que nuestro modelo territorial autonómico, por su originalidad y características concretas, responde a un sistema de distribución territorial del poder esencialmente “dinámico”; es decir, un modelo en el que los entes territoriales avanzan, desde el momento de su creación, en la consecución de una mayor autonomía mediante la atribución progresiva de un mayor número de competencias, en detrimento del Estado central. El modelo autonómico español no se identificaría, por tanto, con un sistema territorial estático –como puede ser el modelo federal alemán–, en el cual los entes territoriales que lo conforman –en el caso alemán, los *Länder*– gozan de una autonomía constitucional propia y plena desde, como se verá, la aprobación de sus correspondientes textos constitucionales y se consagra, además, en la Constitución federal, la Ley Fundamental de Bonn.

las Cortes Generales), y autonómica por otro lado (como norma suprema del ente territorial autonómico– que en su día consagró nuestro texto constitucional.

Las principales características de estos últimos procesos de reforma han sido, por un lado, la ampliación de su articulado, con un mayor número de preceptos estatutarios², que se traduce en una correlativa ampliación de contenidos en el Estatuto; y una segunda que sería el alcance mucho más profundo del espíritu reformista que han mostrado los agentes autonómicos en esta última etapa. La tercera nota característica es, sin duda, la controversia que ha desencadenado – fundamentalmente, el proceso de reforma del Estatut catalán– tanto a nivel jurídico-constitucional, como a niveles político y social; controversia que, sin duda, pervive hoy en día con la consulta soberanista catalana. Sobre las reformas producidas en esta tercera fase, se advierte que la mayoría de ellas se han realizado, en gran medida, en los Estatutos de Autonomía valenciano y catalán. Sobre estas dos, en concreto, tuvo ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad deducido contra un artículo del Título II del reformado Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, y la archiconocida Sentencia 31/2010, de 28 de junio, por la que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de determinados artículos del recién reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña.

No cabe duda de que, con sus más y sus menos, la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña –en el que de ahora en adelante nos centraremos por constituir, en nuestra opinión, el grueso de las controversias suscitadas de la actualidad jurídico-política a nivel territorial³– no fue plenamente satisfactoria para las fuerzas políticas catalanas que, acatando –con todas las reservas– la decisión del Alto Tribunal sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos de su reformado *Estatut*, ha mantenido una lucha constante en el plano político para ejercer lo que

² V. gr., el Estatuto de Autonomía catalán, que pasó de tener 57 artículos, a 223 en su nueva redacción.

³ Obviamos conscientemente, por una mera cuestión de simplificación en la presente ponencia, las tensiones surgidas en el País Vasco que, sin duda, siguen muy de cerca los acontecimientos desarrollados en Cataluña.

ellos denominan el *derecho a decidir*⁴ del pueblo catalán y, en consecuencia, convocar la consulta alternativa del pasado 9 de noviembre. Sin ánimo de entrar a valorar la adecuación jurídico-constitucional de dicha consulta, de lo que no cabe duda es de que la reforma estatutaria realizada en 2006 no ha servido para colmar las aspiraciones políticas de las fuerzas nacionalistas catalanas y de su gobierno.

En definitiva, el mapa territorial español y el clima político que estamos viviendo pone en evidencia que el modelo territorial constitucionalmente consagrado no satisface, no sólo a las fuerzas nacionalistas de las regiones históricas, sino tampoco a los sectores más moderados españoles. Aunque por motivos antagónicos –unos por la consecución de la ansiada independencia; los otros por la búsqueda de la unidad de la nación española aun respetando las distintas identidades– todas las partes en conflicto están de acuerdo en que el Estado autonómico presenta una serie de carencias que le hacen insatisfactorio para los intereses de la sociedad española, en general, y, por supuesto, para aquella parte de la sociedad catalana que clama por la tan deseada independencia.

Se ha propuesto en los últimos años, desde diversos partidos políticos –nacionales y regionales– y desde sectores de la doctrina constitucionalista, la reforma de nuestro modelo territorial en pos del establecimiento de un sistema más similar al federal, en el que los entes territoriales gocen de la autonomía constitucional y de la soberanía suficiente –si bien limitada– para cubrir sus expectativas políticas e institucionales.

Pero, avanzamos ya, para que en un Estado federal convivan con éxito sus miembros, hace falta, entre otras muchas cosas que veremos a continuación, lealtad a la unión y visos de permanencia en ella. ¿Son partidarias de esto las fuerzas políticas nacionalistas de España?

El caso paradigmático europeo de los modelos federales es, sin duda, el alemán. Tras el desastre sufrido a mitad del s. XX y con la intervención de las fuerzas aliadas, se supo conjugar el deseo de unidad del pueblo alemán con el respeto a los

⁴ TAJADURA TEJADA (2013a: 231-244).

territorios que conformaban la antigua Alemania. Un modelo que pervive desde 1949 –desde antes, incluso, con la aprobación de las Constituciones de algunos *Länder* alemanes, como veremos– y que ha sufrido numerosísimas reformas constitucionales (hasta hoy la Ley Fundamental de Bonn ha sufrido 59 reformas, la última en el año 2012), pero donde el sentimiento de pacto federal y *patriotismo territorial*⁵ continúa intacto.

2.- La República Federal de Alemania hoy en día, como modelo federal por antonomasia en Europa

2.1.- Principios constitucionales de su organización territorial.

En 1949 se aprobaba la Ley Fundamental de Bonn para la República Federal de Alemania (en alemán conocida como *Grundgesetz*). En su art. 20.1 GG se define su forma de Estado estableciendo un modelo federal (el llamado *Bundesstaatprinzip*), donde tienen cabida los actuales 16 Estados miembros o *Länder*. El art. 28 GG, por su parte, incorpora el llamado principio de homogeneidad, en virtud del cual el orden constitucional de los *Länder* ha de responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social, en el sentido establecido en la Ley Fundamental. Esta exigencia constitucional de homogeneidad del Art. 28 GG contiene un doble significado aparentemente contradictorio, pero relacionado entre sí: por un lado, los cuatro principios constitucionales recogidos en citado precepto delimitan la libertad de organización de los *Länder*, por cuanto han de conformarse con sujeción a tales principios; y por otro lado, reconocen la autonomía constitucional de los *Länder* como parte esencial de su estatalidad⁶. Esto quiere decir que, pese a la exigencia de homogeneidad entre *Bund* y *Länder*, éstos cuentan, en el ejercicio de su autonomía constitucional, con una organización estatal propia y unos objetivos estatales independientes en el marco de sus propias Constituciones.

Efecto directo del principio federal consagrado en el art. 20.1 GG es el principio de igualdad federal de todos los *Länder*, que se traduce, tal y como ha reconocido en

⁵ En palabras de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2012.

⁶ NIERHAUS (1999: 946), M., “Comentario al art. 28 GG”, en SACHS, M. (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 1999, p. 946 (Rd. 6). También STERN (1984: 705).

distintas ocasiones el Tribunal Constitucional Federal Alemán⁷, en que todos ellos gozan del mismo estatus en sus relaciones, coexistiendo en igualdad de condiciones y supone, en definitiva, que todos los *Länder* como miembros de la Federación, gozan constitucionalmente de los mismos derechos⁸. De este modo, el trato igualitario que la Ley Fundamental dispensa a los *Länder* se traduce automáticamente en una prohibición al legislador federal de que conceda derechos especiales, o grave con obligaciones específicas a alguno de los *Länder*; es decir, lo que ya hemos denominado como prohibición de la arbitrariedad. La imperatividad de la igualdad de trato de los *Länder* impone que todo aquello que el *Bund* atribuya a un Estado en concreto, lo ha de proporcionar *ipso iure* al resto de *Länder*; rechazando, así, el favorecimiento de un *Land* mediante una cláusula de régimen preferencial⁹. Otra manifestación del principio de igualdad federativa de los *Länder* lo encontramos en la participación paritaria de éstos dentro del *Bund*, donde, en principio, todos los *Länder* presentan el mismo peso en el proceso de la formación general de la voluntad de la Federación, sin tener en cuenta sus substratos personales y territoriales. Los votos de un *Land* adquieren, por tanto, el mismo valor que el de cualquier otro. En este punto, interesa distinguir dos momentos distintos en el ejercicio por parte de los *Länder* de su derecho a voto: por un lado, las votaciones jurídico-institucionales de los *Länder* en el *Bundesrat*¹⁰; y, por otro, las consultas informales abiertas que los *Länder* efectúan dentro del llamado Federalismo cooperativo¹¹.

Íntimamente ligado al principio de igualdad encontramos el principio de fidelidad o lealtad federal (*Bundestreue*) entre la Federación y los *Länder*, y de éstos entre sí. Este principio, básico para el correcto funcionamiento del entramado federal, se traduce en una obligación jurídico-constitucional derivada del principio federal, que hace que la Federación y los *Länder* mantengan la lealtad entre ellos y tiendan,

⁷ BVerfGE 1, 299 (315), entre otras.

⁸ ISENSEE (2008: 77).

⁹ ISENSEE (2008: 82).

¹⁰ El poder legislativo en la Federación alemana es bicameral: el *Bundestag* o Asamblea Federal, por un lado, es la cámara baja elegida por sufragio universal y representa al pueblo alemán; y el *Bundesrat* o Consejo Federal, por otro lado, es la cámara alta que representa a los gobiernos de los *Länder* (ex arts. 38 y 50 GG).

¹¹ En este sentido, *vid.* ISENSEE (2008: 83).

siempre, al entendimiento en sus colaboraciones mutuas. En definitiva, podemos calificarlo como un principio *elástico*, que se mueve entre el Derecho y la ética constitucional, y que incide directamente en el ámbito de la cortesía federal. Busca, en este sentido, respetar siempre la relación amistosa o lealtad federal de todos los entes territoriales –Federación y *Länder*– en el ámbito de sus actuaciones conjuntas¹². En este punto resulta muy importante destacar que la lealtad que se deben los *Länder* no encuentra su fundamento en sus propias Constituciones sino que se trata de una obligación que emana de la propia Ley Fundamental, que tanto la Federación como los *Länder* han consensuado y constituido conjuntamente.

Estos son, a grandes trazos, los principios constitucionales básicos en los que se asienta la relación federativa en la República Federal de Alemania, y que hace posible el mantenimiento del equilibrio de los *checks and balances* del orden constitucional alemán.

2.2.- Las Constituciones de los *Länder*.

Cada uno de los 16 *Länder* cuenta con su propia Constitución. Antes de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, los *Länder* de Baviera, Bremen, Hesse, Renania-Palatinado y el Sarre ya gozaban de sus propios textos constitucionales. Éstos cuentan, además, con una serie de particularidades con respecto al resto de *Länder*, toda vez que en el momento de aprobación de sus Constituciones aun no se había aprobado la Ley Fundamental. Son textos constitucionales que se aprueban en un momento histórico único, bajo unas condiciones políticas y sociales muy especiales. En ellas se puede vislumbrar, por tanto, la innegable influencia que supuso la derrota militar de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, así como la mala experiencia sufrida con el nazismo.

Tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949, se aprueban las Constituciones de los seis *Länder* restantes que conformaban la República Federal de

¹² Principio consagrado, entre otras muchas, en las BVerfGE 1, 299 (315); 12, 205 (254); y 43, 291 (348).

Alemania¹³. Su rasgo más característico es, quizás, que siguen la estela de la Ley Fundamental de Bonn y, fuertemente influenciadas por ella, incorporan en su articulado preceptos idénticos a los contenidos en la *Grundgesetz*. Su estructura constitucional, el catálogo de derechos fundamentales que recogen, o la organización del poder son aspectos reproducidos de forma muy similar a los contenidos en la Ley Fundamental.

En una tercera fase de aprobación constitucional se encuentran las Constituciones de los cinco *Länder* de la Alemania oriental, con la reunificación alemana de comienzos de los años 90 del siglo pasado¹⁴. Las Constituciones de estos *Länder* son clara muestra de los nuevos tiempos, con una especial sensibilidad hacia los derechos sociales y los principios democráticos basados en la representación directa. Además, muestran una mayor conciencia de su estatalidad e individualidad fruto, sin duda, del sufrimiento vivido durante la época nacionalsocialista, en primer lugar, y la dictadura comunista, después. Ejemplo de ello es la acuñación que, por algunos de estos *Länder*, se realiza del término *Freistaat* (Estado libre) en sus Constituciones, así como las referencias expresas que se incorporan en sus Preámbulos sobre su estatalidad.

A pesar de las diferencias históricas, políticas, sociales y económicas de todos los *Länder* y de las distintas influencias que unos y otros *Länder* han sufrido como consecuencia de las distintas épocas en las que aprobaron sus textos constitucionales, todos ellos muestran gran homogeneidad en el contenido de sus Constituciones y, lo que es más importante, una gran lealtad con la Constitución federal. Con respecto a la parte dogmática incorporada en las Constituciones de los *Länder*, hay que destacar que todas ellas establecen principios estructurales y rectores de la política estatal, así como el reconocimiento del Estado social y de Derecho, con las correspondientes

¹³ Baden-Württemberg, Berlín, Hamburgo, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Schleswig-Holstein. No olvidemos que no es hasta la caída del muro de Berlín, y la posterior incorporación de los Estados del Este, que Alemania reúne los 16 *Länder* con los que cuenta en la actualidad.

¹⁴ Se trata de los *Länder* de Brandeburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia.

garantías para su efectivo cumplimiento¹⁵. También incorporan formas concretas de participación directa –a diferencia de la Ley Fundamental, que se ha decidido por la democracia representativa como la única vía de participación democrática a nivel federal–.

Y, fruto de la autonomía constitucional consagrada para los *Länder* en la Ley Fundamental de Bonn, todos ellos tienen la potestad de asegurar los derechos fundamentales en el marco de sus Constituciones, siempre y cuando estén en concordancia con los proclamados en la Ley Fundamental¹⁶. Los *Länder* pueden, no sólo incorporar un catálogo de derechos fundamentales propio en sus textos constitucionales, sino que, además, están facultados para incorporar todas aquellas garantías constitucionales que tengan a bien, ya sean mayores o menores que las establecidas a nivel federal, siempre y cuando permanezcan dentro de los límites impuestos por la Ley Fundamental.

En el plano organizativo, los 16 *Länder* hacen uso de su autonomía constitucional y de su poder de autoorganización para conformar su propio entramado institucional. Tal y como señala el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su Sentencia 1, 14 (34), pertenece al ámbito de competencias de los *Länder* «*la organización de su orden constitucional, siempre y cuando se mantenga dentro del marco del art. 28.1 GG*»; de tal forma que esta tarea se ha conformado, como señala el mismo BVerfG, como parte propia del “ajuar familiar” o “tarea doméstica” de los *Länder*¹⁷. En este sentido, las disposiciones contenidas en el art. 28 GG dejan un amplio margen para una efectiva autonomía en la construcción institucional de los *Länder*.

En este sentido, todos los *Länder* cuentan con su propio órgano parlamentario –unicameral en todos ellos¹⁸– y con un poder ejecutivo que descansa en manos del Gobierno del *Land*. En todos los *Länder*, sin excepción, se establece además un sistema

¹⁵ Como, por ejemplo, en el ámbito del derecho a la Seguridad Social, en la protección del empleo, las ayudas a personas en situación de dependencia ó la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

¹⁶ BVerfGE 96, 345 (365); y 22, 267 (271).

¹⁷ Traducción del término *Hausgut* empleado por el Alto Tribunal en la BVerfGE 34, 9 (20).

¹⁸ Baviera era el único *Land* que contaba con un parlamento bicameral hasta la reforma constitucional de 1999, mediante la cual eliminó el Senado. Éste había actuado, hasta entonces, como cámara de representación de las entidades sociales, económicas, culturales y municipales del *Land*.

de gobierno parlamentario, mostrando diferencias únicamente en relación con la duración del Gobierno o la mayor o menor dependencia de éste sobre la confianza parlamentaria. El rasgo esencial del régimen federal alemán en relación con otros Estados compuestos es, sin duda, el gran peso que tiene el Poder judicial en los *Länder*. A salvo el Tribunal Constitucional Federal Alemán y los Tribunales Federales¹⁹, el resto de órganos judiciales pertenecen al ámbito de competencias de los *Länder*. Los *Länder*, como consecuencia de su soberanía constitucional, cuentan con un poder judicial propio y a ellos corresponde la regulación relativa a su competencia jurisdiccional, esto es, todo lo relativo a la constitución, organización y funcionamiento de sus tribunales.

En el ámbito jurisdiccional de los *Länder* encontramos una característica del sistema federal alemán que difiere de nuestro sistema autonómico. En este sentido, la Ley Fundamental sólo desarrolla la competencia jurisdiccional de los *Länder* en los arts. 30 y 92 GG²⁰, y no reserva a ninguna Ley orgánica el desarrollo de la misma, como ocurre con el art. 122 CE que atribuye al Estado central, mediante la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia de determinar «la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados (...), del personal al servicio de la Administración de Justicia», y el «estatuto y el régimen de incompatibilidades» de los miembros del Consejo General del Poder Judicial «y sus funciones». Y es que, como decíamos, corresponde a los *Länder* la competencia sobre la organización y administración de la justicia y de sus tribunales en su ámbito territorial. Esto permite que cada *Land* tenga a su cargo la organización de los Juzgados de Primera Instancia (*Amtsgerichte*), los

¹⁹ La Ley Fundamental establece la creación de cinco Tribunales Federales obligatorios –el Tribunal Federal de Justicia (con competencias en materias civil y penal); el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo; el Tribunal Federal de Hacienda; el Tribunal Federal Social; y el Tribunal Federal Laboral–; y faculta a la Federación para constituir una jurisdicción especial en el ámbito de patentes; otro para las Fuerzas Armadas; y un Tribunal Federal disciplinario para el personal que conforma el servicio público.

²⁰ El art. 30 GG dispone que «*El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario*». Por su parte, el art. 92 GG señala que «*El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal y por los tribunales federales previsto en la presente Ley Fundamental y por los Tribunales de los Länder*»

Tribunales del *Land* (*Landgerichte*), y los Tribunales Superiores del *Land* (*Oberlandesgerichte*).

Pero sin duda alguna, la nota característica que, por su valor jurídico-constitucional, destaca sobre todas las expuestas en el modelo federal alemán, es la existencia en todos los *Länder* de un Tribunal Constitucional propio. Quiere esto decir que, no sólo corresponde al Tribunal Constitucional Federal Alemán equilibrar las fuerzas entre los órganos federales y estatales y realizar la función de *guardián* de la Constitución²¹, sino que es una tarea compartida con los Tribunales Constitucionales de los *Länder*.

Es cierto que la creación y constitución de un Tribunal Constitucional por los *Länder* ha sido objeto de numerosísimas críticas. En primer lugar, porque durante sus inicios apenas tenían un índice de actividad digno de un Tribunal Constitucional. Además, cuentan con una particularidad. Casi la totalidad de los Tribunales Constitucionales de los *Länder* no tienen sede propia, sino que comparten la de otros tribunales estatales y, también, sus magistrados desempeñan su labor de forma honorífica, esporádica o no permanente –es decir, no como los magistrados de los Tribunales Constitucionales en los sistemas comparados (incluido el de la propia Federación)–. Sin embargo, con el paso de los años han ido, con carácter general, avanzando en carga de trabajo y en resolución de procedimientos constitucionales y, a día de hoy, se puede decir que tienen un papel nuclear en la interpretación de la Constitución estatal y en la protección de los ciudadanos.

No todos los *Länder* han asumido para sus Tribunales Constitucionales las mismas competencias pero, con carácter general, todos ellos resuelven los conflictos entre órganos constitucionales producidos en el interior del *Land*, efectúan el control normativo de constitucionalidad (concreto y abstracto), resuelven recursos de amparo y, en la mayoría de los *Länder*, resuelven también los recursos de amparo interpuestos por municipios y corporaciones locales (el llamado recurso de amparo municipal). También algunos *Länder* han incorporado como competencia de su Tribunal

²¹ Así es como se conoce al Tribunal Constitucional Federal Alemán, como *guardián* (en alemán, *Hüter*) de la Ley Fundamental y, en definitiva, del orden constitucional federal.

Constitucional del *Land* el control de la regularidad en los procesos electorales y de los instrumentos de democracia directa²².

No cabe duda de que en la República Federal de Alemania conviven, si bien con puntuales tensiones pero, en general, con gran armonía, las dos jurisdicciones constitucionales, sobre la base del principio de separación entre las ambas esferas. La existencia de Tribunales Constitucionales en los *Länder* promueve, también, una sensación de mayor protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no ha supuesto, al menos con demasiada intensidad, un problema en la unidad jurídico-constitucional de la Federación. Y ello, por cuanto en última instancia, ha sido y es labor del Tribunal Constitucional Federal Alemán el establecer, en caso de conflicto, las pautas que han de seguir los Tribunales Constitucionales de los *Länder* y delimitar cuáles son las competencias de éstos, por un lado, y de aquél; todo ello en función de lo que establezcan las Constituciones de los *Länder* y, cómo no, la Ley Fundamental de Bonn.

3.- A la luz del modelo federal alemán y del imparable proceso de integración europea ¿Es posible una federalización de España?

Expuestas, así a grandes rasgos, las líneas que definen y delimitan el modelo federal alemán, no cabe duda de que se hace muy difícil, pero no imposible, la transformación del Estado autonómico español en un Estado federal.

Desde el punto de vista institucional, como Estado compuesto, España no está excesivamente lejos del modelo federal alemán. Si bien, aún le falta asumir la autonomía constitucional propia de sus regiones, símbolo y adalid de los *Länder* alemanes. Una Constitución para cada uno de los entes territoriales que conforman España les conferiría identidad estatal propia pero, ojo, no la ansiada soberanía que buscan algunos de ellos. La soberanía quedaría repartida, una vez más, entre la Federación y los Estados miembros –y, además, como en el caso alemán,

²² Sobre los Tribunales Constitucionales de los *Länder* y su importante función en el sistema federal alemán hay una extensísima bibliografía. Sin embargo, toda la doctrina asume como obra magna a este respecto el estudio conjunto de STARCK y STERN (1983).

correspondería al pueblo español²³– y, en última ratio, las Constituciones aprobadas por el poder constituyente estatal habrían de mantener concordancia y lealtad absoluta con la Constitución española. Una exigencia que, a día de hoy, se ve complicada, más aún con las tensiones nacionalistas y el escaso sentimiento que, desde esas fuerzas centrípetas, se desprende hacia todo lo que suponga lealtad con el Estado superior, *Gesamtstaat* o Federación.

En definitiva, compartimos con el modelo alemán el espíritu de la diversidad y de la descentralización territorial del poder y de las instituciones, pero aún estamos lejos de compartir el sentimiento de lealtad política con el Estado central y el convencimiento de poder convivir mediante vínculos políticos entre los entes territoriales y la Federación, haciendo factible entre todos ellos un clima de entendimiento y negociación federal.

Si a ello le sumamos que hoy en día la soberanía de los Estados no tiende a reclamarse por sus entes territoriales, esto es, en el fuero interno de los Estados sino, más bien, se va canalizando hacia las instituciones europeas, pierden aún más sentido los debates nacionalistas y regionalistas. Europa es una realidad, y el debate que nos debería centrar en este momento no es el de los modelos territoriales que han de definir los distintos Estados miembros de la Unión. El debate actual ha de girar en torno al sistema territorial que la Unión Europea debe modelar para poder hacer efectiva una verdadera y real unión de los Estados europeos, con un reparto de la soberanía –llamémosla *europea*– acorde a la voluntad de dichos Estados miembro.

Referencias bibliográficas

ARAGÓN REYES, Manuel (2006). “La construcción del Estado Autonomico”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 54/55.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006). “La reforma del Estado de las Autonomías”, en “XXVII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado «Autonomías y organización

²³ La redacción del Preámbulo y el Art. 20.2 GG dejan patente que la soberanía reside en el pueblo alemán, y se concreta en un solo acto, la Constitución federal.

territorial del Estado: Presente y perspectivas de futuro», *Revista D'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, pp. 77-99.

ISENSEE, Joseph (2008). "Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz", en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo IV, C.F. Müller, 2ª. ed., Heidelberg.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (1992). "Los pactos autonómicos de 1992: la ampliación de competencias y la reforma de los Estatutos", *Revista de Administración Pública*, núm. 128.

NIERHAUS, Michael (1999). "Comentario al art. 28 GG", en SACHS, M. (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Múnich.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2014). *Reforma federal de España y sus siete espejos*, Biblioteca nueva.

_____, (2012). "Formas federativas", artículo de opinión publicado el 24 de septiembre de 2012 en el diario El País.

STARCK, Christian y STERN, Klaus (1983). *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Tomo I, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden.

STERN, Klaus (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich.

TAJADURA TEJADA, Javier (2013). "Las ventajas del federalismo", *Claves de razón práctica*, núm. 228, pp. 112-121.

_____, (2013). "El «derecho a decidir», el Estado de Derecho y la democracia", *Cuadernos de Alzate. Revista vasca de la cultura y las ideas*, núm. 46-47, pp. 231-244.

_____, (2011). "Reforma constitucional e integración europea", *Claves de razón práctica*, núm. 216, pp. 20-28.

PARTE 3

La ciudadanía: la persona y el reconocimiento y tutela de sus derechos

La cittadinanza: persona, riconoscimento e tutela dei diritti

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Germán M. Teruel Lozano

*Doctor europeo en Derecho.
Profesor en la Universidad Europea de Madrid*

Co-director del Seminario Italospagnolo

Sumario:

- 1.- El papel de los derechos fundamentales en la progresiva constitucionalización del proceso de integración europea.
- 2.- Ciudadanía y derechos del a persona en el espacio constitucional europeo.
- 3.- Apuesta por la consolidación de una integración federal en el marco de un Derecho constitucional europeo.

1.- El papel de los derechos fundamentales en la progresiva constitucionalización del proceso de integración europea.

En los más de cincuenta años que distan desde que los Padres Fundadores de la Unión Europea sentaron sus primeros pilares, el proceso de integración europea ha mantenido un genuino camino que no encuentra precedentes ni parangón en el ámbito comparado. El resultado es una organización supranacional *sui generis* que combina elementos propios de la confederación en el plano político y de una federación en el plano jurídico (WEILER, 2004). "En efecto, los Estados miembros de la Unión Europea deciden conjuntamente mediante mecanismos supranacionales (confederales, si se quiere), sustrayendo esas decisiones a su espacio constitucional y al debate público nacional, y obligándose a cumplirlas a través de su inserción en un sistema jurídico federal que les vincula por medio del principio de primacía" (BALAGUER CALLEJÓN, 2015: p. 39).

De ahí que surja espontáneamente la duda: ¿puede afirmarse la existencia de un Derecho constitucional de la Unión Europea? Desde una perspectiva material (o ideológica), el contenido actual del Derecho primario de la Unión Europea cumpliría en buena medida con los dos pilares que identifican la idea de Constitución, tal y como reconociera el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en uno de los más bellos pasajes de la historia político-constitucional: "*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*". Pues bien, hoy día nadie puede dudar de que, sobre todo con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2007) y el reconocimiento de su carácter jurídicamente vinculante, el Derecho primario de la Unión Europea integra una indiscutible garantía de los derechos de la persona, al mismo tiempo que prevé una estructura institucional que salvaguarda la separación de poderes, aunque ésta resulte flexible y no se corresponda en sentido estricto con la clásica distinción triádica entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Se trata de una estructura institucional única: el Consejo Europeo reúne a los líderes nacionales y europeos y establece las prioridades generales de la UE; en el Parlamento Europeo los diputados representan a los ciudadanos europeos, quienes los

eligen directamente; la Comisión Europea promueve los intereses de la UE en su conjunto y su actuar cada vez se asemeja más a un "gobierno" de la Unión; y en el Consejo de la Unión Europea son los gobiernos de cada país los que defienden los intereses nacionales propios. Comisión, Parlamento y Consejo de la Unión Europea participan en la elaboración de las "leyes" europeas a través del "procedimiento legislativo ordinario". El Tribunal de Justicia vela por el cumplimiento de la legislación europea y el Tribunal de Cuentas controla la financiación de las actividades de la UE, mientras que otros organismos interinstitucionales desempeñan diversas funciones especializadas (Banco Central Europeo, Servicio Europeo de Acción Exterior, Comité Económico y Social Europeo...).

Asimismo, en *sentido formal* la Unión Europea cuenta con un Derecho primario que, en principio, cumple con los elementos técnicos propios de la idea de Constitución (GARRORENA MORALES, 2011: pp. 48 y ss.): a) *Normas formuladas por escrito*, aunque se encuentren recogidas en un conjunto de Tratados fundacionales, modificados y adaptados por distintos tratados y actos. En concreto, los Tratados "fundacionales" que constituyen la UE -Tratado de París (1951), Tratados de Roma (1957) y Tratado de la Unión Europea (1992)-; los Tratados modificativos -Acta Única Europea (1986), Tratado de Ámsterdam (1997), Tratado de Niza (2001) y Tratado de Lisboa (2007)-; los Tratados complementarios, que aportan modificaciones sectoriales a los Tratados fundacionales, y los Actos de adhesión de los distintos Estados miembros. b) *Normas "fundamentales" y "Derecho de mayor valor"*, siendo reconocidas como fuente primaria o Derecho originario, por tanto que goza de "supremacía" en el ordenamiento jurídico europeo y, en tal sentido, ordena el marco institucional y el sistema de fuentes de la Unión Europea. c) *Normas "más estables" que el resto de normas*, los Tratados que integran el Derecho primario de la Unión Europea tienen una especial rigidez con procedimientos propios de reforma distintos de los previstos para las fuentes de Derecho derivado. d) *Normas "eficaces" sobre el resto de normas*, prevaleciendo sobre cualquier otra fuente del Derecho, al tiempo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea actúa como garante para hacer respetar esta prevalencia mediante distintos recursos (así, el recurso de anulación -art. 263

TFUE- o el recurso prejudicial -art. 267 TFUE-). Aún más, el Derecho de la Unión Europea, incluido lógicamente el primario, se impone desplazando incluso el Derecho nacional por mor del principio de primacía.

Sin embargo, faltaría uno de los elementos que, siguiendo la formulación del profesor Garrorena, caracterizan la idea técnica de Constitución: que estas normas escritas, fundamentales y de mayor valor, más estables y eficaces sobre el resto de normas, sean *obra del "poder constituyente"*. Que aquello que se identifica como Constitución emane de un poder singular y distinto que, en un momento particular, demuestre esa voluntad fundante de un nuevo orden para una comunidad política. Ese momento falló precisamente con la ratificación del Proyecto de Tratado Constitucional de 2004. Fue un fracaso en el proceso de integración constitucional de la Unión Europea, al menos desde una perspectiva formal, y que, a mi juicio, hunde sus raíces en la falta de una auténtica base política, de una verdadera comunidad política. Una crisis que "tiene que ver con la falta de una identidad constitucional europea y de las condiciones sociales necesarias para crear una auténtica Constitución" (BALAGUER CALLEJÓN, 2015: p. 39).

Como advirtiera el Presidente G. NAPOLITANO (2012), hay que afrontar el desafío de construir esa "*Unione politica*" al tiempo que hay que "*europaizzare la politica*". Se hace necesario que se asuma una "dirección política orientada hacia un espacio público europeo constitucionalizado y democrático", precisamente para evitar que el proceso de integración europeo tenga "todas las ventajas para el poder político de los Estados y todas las desventajas para la ciudadanía y la ordenación democrática del Estado" (BALAGUER CALLEJÓN, 2015: p. 39).

Y en ese proceso de creación de un espacio público europeo constitucionalizado y democrático se hace necesario apreciar la importancia que pueden tener (y de hecho tienen) los derechos fundamentales. Precisamente en ese espacio de "seguridad, libertad y justicia" al que aspira la Unión Europea, "la protección de los derechos y libertades fundamentales constituye un *prius* que legitima la existencia y el desarrollo de dicho espacio" (Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, de 6 de julio de 2010, asunto I.B., C-306/09, apartado 43).

De esta suerte, es a través de los derechos fundamentales donde pueden observarse pasos más firmes en el desarrollo de unos principios comunes sobre cuyas bases se vaya construyendo esa “identidad constitucional europea”. En este sentido, el “Derecho constitucional común europeo” (HÄBERLE, 1993) creo que encuentra su más evidente desarrollo en el espacio europeo de los derechos fundamentales. Se advierte la “construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales” (FREIXES SANJUÁN, 2005). Lo cual permite abordar la “integración europea a través de derechos fundamentales” (GARCÍA ROCA, 2009).

Por ello la importancia de que los derechos fundamentales sean asumidos como “principios generales” del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE –aún antes puede verse la STJUE de 12 de noviembre de 1969, caso Stauder, C-29/69-), ya sea a partir de las tradiciones constitucionales nacionales o bebiendo del Derecho internacional de los derechos humanos; y, por su puesto, de que a pesar de la debacle del Proyecto de Tratado Constitucional de 2004, finalmente se haya salvado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a los que se atribuye “el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 TUE). Un ámbito en el que el diálogo entre tribunales coadyuva también en la consolidación de esa cultura común de los derechos que puede actuar como elemento integrador y legitimador de la ausplicable comunidad política europea.

Éste será, como se verá a continuación, el objetivo transversal de los capítulos incluidos en esta parte del libro: estudiar diferentes aspectos de este proceso de integración europea a partir de los derechos fundamentales.

2.- Ciudadanía y derechos de la persona en el espacio constitucional europeo.

Abundando en el contenido de los trabajos incluidos en la tercera parte de este libro, al que el presente capítulo sirve de introducción, éstos se reúnen bajo el título común “La ciudadanía: la persona y el reconocimiento y tutela de sus derechos”. Son, así, tres los sectores objeto de estudio en torno a ese marco de la ciudadanía y los derechos de la persona en el espacio constitucional europeo. En la primera de las secciones, referida a la ciudadanía en el proceso de integración europea, Chiara CAMPOSILVAN (“Cittadinanza economica, cittadinanza sociale e cittadinanza europea:

considerazioni e paradossi”) indaga en el significado de la ciudadanía europea y advierte la necesidad de enriquecer ésta con un contenido social, además del relacionado con las libertades económicas, precisamente para hacer frente a la situación de crisis que hoy día se vive en Europa. Y es que, compartiendo posiciones de la autora, si como aquí se ha sostenido se quiere apostar por la consolidación de una comunidad política europea ello exige superar la originaria mentalidad de los “mercados” que ha impregnado el proceso de integración europea. En este sentido, Gracy PELACANI (“The future of individuals in the European Union: the ever dear market citizen”) plantea la erosión del paradigma del “ciudadano de mercado” en un intento de reconocer a los ciudadanos un estatus que no los distinga sobre la base de ser personas económicamente activas; aunque termine por concluir que el paradigma de este ciudadano de mercado sigue gozando de una óptima salud y lo cierto es que informa la concepción del individuo en el ordenamiento de la UE. Más en concreto, Claudio DI MAIO (“Cittadini, a quale costo? Il rapporto tra le forme di investor-citizenship e l’assetto democratico europeo”) estudia los cambios en el contexto económico-financiero y el impacto que puede generar la adopción de medidas en relación con la ciudadanía y la “monetización” de los derechos en el ámbito democrático europeo, con especial interés en la “investor rule” en el reconocimiento de los derechos de ciudadanía.

De gran interés, en la línea de las problemáticas aquí introducidas, es el trabajo de Ilaria DEL VECCHIO (“Koinè costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa”) que afronta los principios en tensión en la base constitucional europea, la homogeneidad constitucional y la identidad nacional unidas por la tutela de los derechos fundamentales. La ciudadanía europea sería así la piedra angular que serviría para lograr la legitimación democrática del sistema político europeo en el contexto multinivel. En concreción de esta dimensión, Leyre BURGUERA AMEAVE (“Ciudadanía “post-nacional” e identidad europea: la iniciativa ciudadana europea”) se ocupa de un aspecto singular cual es la “iniciativa ciudadana europea” como instrumento que permite devolver al ciudadano protagonismo como agente de cambio y de legitimación del proceso de construcción europeo.

La segunda sección se dirige por su parte al estudio del “diálogo judicial en el espacio europeo sobre derechos”, instrumento imprescindible para facilitar la convergencia constitucional, como ya se ha dicho. En este sentido, María Olaya GODOY VÁZQUEZ (“Protección de Derechos Fundamentales y diálogo jurisdiccional en el ámbito europeo”) realiza una panorámica de los mecanismos de protección de derechos fundamentales en el espacio común europeo. La Unión Europea es presentada como una “human rights organization” y el Tribunal Justicia como un “human rights adjudicator”, permaneciendo los tribunales constitucionales nacionales como depositarios de la tutela de los derechos, según la visión que ofrece Antonia BARAGGIA (“La tutela dei diritti in europa nel dialogo tra corti: "epifanie" di una unione dai tratti ancora indefiniti”).

El problema de la efectiva protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el espacio europeo y la delimitación del ámbito de aplicación de la CDFUE es estudiado por Carmen MONTESINOS PADILLA y por Ángel Aday JIMÉNEZ ALEMÁN (“Derechos fundamentales y *judicial review*: el renovado constitucionalismo de la Unión Europea”). Otras cuestiones más concretas son planteadas por Valentina CAPUZZO (“I diritti fondamentali nel dialogo tra Corti, una *Costituzione in fieri*?”), que estudia el papel de los tribunales constitucionales en la definición y protección de los derechos fundamentales en Europea y la importancia del proceso circular de diálogo entre los tribunales constitucionales nacionales, el TJUE y el TEDH. Chiara SORBELLO (“Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil Constitutionnel: spunti di riflessione in tema de interazioni dialogiche tra corti e di tutela multilivello dei diritti”) refiere la primera cuestión prejudicial remitida por el *Conseil Constitutionnel* francés al TJUE.

De gran interés es el trabajo de Stella ROMANO (“Il principio di proporzionalità e la vocazione costituzionale della Corte di Giustizia”) en el que se afirma la vocación constitucional del TJUE a través de un estudio sobre cómo éste se vale del principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad en la limitación de derechos fundamentales.

La última sección recoge algunos problemas concretos en relación con la tutela de derechos en el ámbito europeo. Entre ellos, Myriam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO

(“El Tribunal de Justicia y los estándares europeos de protección de los derechos de la personalidad”) analiza el papel del TJUE en la concreción de los derechos fundamentales en tanto que límites al ejercicio del poder por parte de las instituciones europeas, estudiando en particular su jurisprudencia sobre los derechos de la personalidad. También se incluyen los trabajos de Michele GRADOLI, “Il diritto alla libera circolazione dei cittadini europei nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE”; de María del CARMEN CÁMARA BARROSO, “Tutela del medio ambiente, instrumentos de mercado y Unión Europea”; de Francisco de Asís GONZÁLEZ CAMPO, “Influencia del Derecho Comunitario en la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva y el Derecho Procesal Civil”, y de Francisco Javier SANJUÁN ANDRÉS, “La ausencia de participación de la ciudadanía mediante consulta popular por vía del referéndum en la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”. Todo lo cual cierra esta panorámica sobre la ciudadanía y los derechos de la persona en el espacio constitucional europeo.

3.- Apuesta por la consolidación de una integración federal en el marco de un Derecho constitucional europeo.

La apuesta por construir un espacio público europeo constitucionalizado en el que el reconocimiento de unos derechos fundamentales comunes sea uno de los elementos maestros que lo sustenten se presenta llena de incertidumbres, como se ha podido ir viendo y será estudiado en profundidad a continuación en los trabajos de los que se ha dado cuenta resumida en esta introducción. Parece, por ello, que sea necesario dotar de un contenido al concepto de ciudadanía europea para que alcance un auténtico significado aquel “*civis europeus sum*” (Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 30 de septiembre de 2010, C-34-09, Gerardo Ruiz Zambrano c. ONOEM) y hay que avanzar en el diálogo judicial pero también institucional, político y social.

Europa ha sido asolada por una crisis financiera que ha degenerado en una crisis económica y ha destapado una profunda crisis institucional. Las respuestas que se han ofrecido en algunos casos han supuesto una “fuga” del Derecho de la Unión

Europea y han planteado un paso atrás en el proceso de progresiva constitucionalización del marco institucional y jurídico de la Unión.

Sin embargo, comparto que la única salida en el actual contexto global en el que nos desarrollamos es avanzar hacia un federalismo supranacional. "Es necesario promover, por tanto, un modelo federal de integración supranacional que permita proyectar el Derecho constitucional sobre el espacio supranacional y garantizar al mismo tiempo el cumplimiento de las funciones esenciales de la Constitución nacional" (BALAGUER CALLEJÓN, 2015: p. 42).

Ahora bien, si apostamos por andar en esa dirección (que, como he dicho, creo que sea la única posible), necesitaremos forjar una comunidad política y tendremos que empezar por compartir esos valores que nos unen y que van más allá de estrategias económicas. Ello, en cualquier caso, desde el reconocimiento al pluralismo constitucional que enriquece nuestras realidades nacionales. En realidad, esa es una de las funciones esenciales de toda Constitución: lograr la integración en el respeto de la pluralidad. "Unidos en la diversidad". Y para ello es importante el reconocimiento de unos valores y principios compartidos. Como aquí se ha defendido, probablemente sea esa cultura común de los derechos de la persona la que sirva de primer pilar para lograr la unión.

Llevamos milenios haciendo (y deshaciendo Europa): tenemos una cultura y una historia común de la que no podemos desprendernos.

Bibliografía

BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Introducción al Derecho constitucional*, Tecnos, 4ª Ed., Madrid, 2015.

GARRORENA MORALES, A., *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2011.

NAPOLITANO, G., "Unione politica ed europeizzazione della politica", *Italianieuropei*, 9/2012, 03/10/2012.

FREIXES SANJUÁN, T., “La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, 2005.

GARCÍA ROCA, J., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

HÄBERLE, P., “El Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 79, 1993, pp. 7-46.

**A) CIUDADANÍA EN EL PROCESO DE
INTEGRACIÓN EUROPEA**

**A) LA CITTADINANZA NEL PROCESSO DI
INTEGRAZIONE EUROPEA**

CITTADINANZA ECONOMICA, CITTADINANZA, SOCIALE E CITTADINANZA EUROPEA: CONSIDERAZIONI E PARADOSSI

Chiara Edvige Caterina Camposilvan

Dottore de ricerca

Alma Mater Studiorum – Università d Bologna

Sommario:

1. Introduzione.
2. La nozione di cittadinanza in generale, il cammino verso la cittadinanza europea.
3. Nozione di cittadinanza economica e legami con la concezione liberale.
4. La cittadinanza sociale.
5. Conclusioni

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

CITTADINANZA ECONOMICA, CITTADINANZA SOCIALE E CITTADINANZA EUROPEA: CONSIDERAZIONI E PARADOSSI.

La cittadinanza europea è stata sempre oggetto di un dibattito piuttosto vivace per il suo contenuto spesso non pienamente afferrabile e in continuo divenire. Lo scopo era quello di individuare le soluzioni che avrebbero permesso di coniugare nel migliore dei modi cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Con l'acuirsi della crisi economica odierna la cittadinanza europea è tornata al centro dell'attenzione in particolare nel momento in cui si è da molte parti auspicato di arricchire il contenuto sociale, oltre che economico della cittadinanza comunitaria. La cittadinanza sociale e buona parte degli istituti che questa porta con se, sono stati spesso presentati come gli elementi base per la tutela della dignità umana, frutto di una spinta ideale, filantropica ed umanitaria volta a portare al massimo sviluppo l'applicazione di un principio di solidarietà sociale che oggi stenta a trovare eguali al di fuori dell'Unione Europea stessa. Inoltre, in modo in parte discutibile, il concetto di cittadinanza sociale e quello di cittadinanza economica tipico dell'Unione Europea sono spesso stati spacciati per nozioni agli antipodi anziché essere trattati, in modo a mio avviso più consono, come istituti complementari. Lo scopo di questa breve presentazione del mio contributo è quello di fare un pò di luce sulla divisibilità di quanto sopra accennato in particolare attraverso un'analisi diacronica dello sviluppo dei diritti sociali e della cittadinanza sociale da una parte, e dall'altra, esaminando le caratteristiche e la posizione assiologica a questi conferita nell'evolversi del costituzionalismo o, per meglio dire, dei costituzionalismi. Come spesso accade infatti guardare al passato aiuta a capire il presente e a prevedere parte del futuro. A questo proposito è interessante notare come le differenze tra tali due nozioni di cittadinanza erano andate perdendo senso in modo sensibile nel momento in cui si fossero prese in considerazione le caratteristiche tradizionali associate al concetto di cittadinanza fino agli anni '80 in buona parte degli stati europei. Allora il concetto di cittadinanza tout court aveva conglobato in se stesso sia le libertà tipiche del vecchio stato liberale sia i diritti dello stato sociale. Gli elementi più tipici di quella che oggi chiameremmo cittadinanza sociale sono stati gradualmente introdotti prevalentemente nel corso degli ultimi due secoli prevalentemente al fine di limitare o quantomeno sedare gli effetti della dirompente questione sociale ed i problemi dell'industria e del mercato ancor prima che per spirito umanitario. Lo stato sociale nasce e cresce tra l'altro come un "problema dell'industria" (BEVERIDGE, 1909) la quale stessa inizialmente usa gli strumenti tipici dello stato sociale allo scopo di assicurare la riproduzione di una classe operaia "ben educata". In altri termini, "tale problema meritava di essere preso seriamente in considerazione affinché potessero essere assicurate le condizioni ottimali per la

produzione e per il funzionamento del mercato”. Lo stato sociale nasce fondamentalmente come correttivo degli effetti collaterali di un sistema liberale fondato sui diritti di libertà e proprietà. La separazione tra stato e mercato viene gradualmente ridotta in realtà con lo scopo di una protezione del mercato e della produzione. Le origini della cittadinanza sociale si trovano in nuce già nel costituzionalismo liberale sviluppatosi intorno alla rivoluzione francese ed a quella americana anche se troveranno un pieno sviluppo solo successivamente. Ma la risposta meramente liberale alla questione sociale di fine ‘800, bastava? Potevano il mercato ed il sistema rappresentativo timocratico essere resi compatibili con il conseguimento di condizioni di vita più tollerabili per i lavoratori e possibilmente senza passare per una rivoluzione? Ed il dibattito odierno relativo alla cittadinanza europea potrà seguire nel suo sviluppo un itinerario simile a quello svolto della cittadinanza “classica”?

Resumen en español

CIUDADANÍA ECONÓMICA, CIUDADANÍA SOCIAL Y CIUDADANÍA EUROPEA: CONSIDERACIONES Y PARADOJAS

La ciudadanía europea ha sido siempre objeto de un debate demasiado vivaz por su contenido frecuentemente poco comprensible y en continuo cambio. El objeto era de detectar las soluciones que hubiesen permitido de la mejor manera conciliar la ciudadanía europea y la nacional. En la actual y aguda crisis económica la ciudadanía europea ha regresado al centro de la atención, en particular cuando desde muchas partes se espera enriquecer el contenido social, además del económico de la ciudadanía comunitaria. La ciudadanía social y buena parte de los institutos que ella trae consigo, se consideran frecuentemente como elementos base para la tutela de la dignidad humana, fruto de un impulso ideal y humanitario que conduce al máximo desarrollo y aplicación del principio de solidaridad social que hoy con fatiga encuentra parangón fuera de la misma Unión Europea. El objeto de esta breve presentación de mi aporte es dar luces sobre lo compartido y señalado líneas arriba en particular a través de un análisis diacrónico del desarrollo de los derechos sociales y de la ciudadanía social por una parte, y por otra, examinando las características y la posición axiológica a ellos asignada en la evolución del constitucionalismo o, mejor aún, de los constitucionalismos. Siguiendo aquello de que mirar al pasado ayuda a entender el presente y a prever parte del futuro. A este propósito, es interesante notar como las diferencias entre las dos nociones de ciudadanía han estado perdiendo sentido en modo perceptible, desde el momento en que se tomaron en consideración las características tradicionales asociadas al concepto de ciudadanía, como sucedió hasta los años 80 en buena parte por los estados europeos. En ese entonces, el concepto de ciudadanía *tout court* había comprendido

en sí misma sea a las libertades típicas del viejo Estado liberal sea los derechos del Estado social. Los elementos más típicos de aquella que hoy llamaremos ciudadanía social, han sido gradualmente introducidos prevalentemente en el curso de los últimos siglos con el fin de limitar o al menos apaciguar los efectos de la explosiva cuestión social, los problemas de la industria y del mercado, que por espíritu humanitario. El Estado social nace y crece, entre otros, como “un problema de la industria” (BEVERIDGE, 1909) la que inicialmente usa los instrumentos típicos del Estado social con el fin de asegurar la reproducción de un clase trabajadora “bien educada”. En otros términos, “tal problema meritaba de ser tomado seriamente en consideración para que se pudiesen asegurar las condiciones óptimas para la producción y para el funcionamiento del mercado”. El Estado social nace fundamentalmente como correctivo de los efectos colaterales de un sistema liberal fundado sobre los derechos de libertad y de propiedad. La separación entre Estado y mercado viene gradualmente reducida en realidad con el objetivo de una protección del mercado y de la producción. Los orígenes de la ciudadanía social se encuentran ya en el constitucionalismo liberal desarrollándose en torno a la Revolución francesa y a aquella americana. Ahora bien, ¿la respuesta meramente liberal a la cuestión social de finales del 1800 era suficiente? , ¿Podían el mercado y el sistema representativo timocrático ser compatibles con la consecución de condiciones de vida más tolerables para los trabajadores sin pasar por una revolución? Entonces, ¿el debate actual relativo a la ciudadanía europea podrá seguir en su desarrollo un itinerario similar a aquél de la ciudadanía “clásica”?

Abstract in English

ECONOMIC CITIZENSHIP, SOCIAL CITIZENSHIP AND EUROPEAN CITIZENSHIP: REMARKS AND PARADOXES.

European citizenship has been subjected to a quite lively debate because of its blurred and continuously changing content. This debate was aimed at finding solutions for the best integration of national and European citizenship. With the sharpening of the current economic crisis, European citizenship gained again a great attention in particular because of the fact that few scholars and politicians suggested that times would be ready to enrich the content of European citizenship, based essentially on classical liberal freedoms, with social rights typical of welfare states. Social citizenship is often and, in my opinion, correctly, identified as a basic element in the implementation and protection of human dignity. Social rights and citizenship are also often and arguably described as results of strongly humanitarian and ideal interventions, aimed at pursuing the best level in the application of principle of social solidarity...A level that still now is difficult to be found outside of European Union's member states. Furthermore the

notion of social citizenship and the concept of economic citizenship typical of European citizenship are often, and again very arguably, qualified as opposites instead of being identified as complementary parts of a more comprehensive notion of citizenship similar to the one we could find in traditional liberal democratic national states. My short contribution is aimed at clarifying and verifying the agreeability of the abovementioned statements. In particular I would like to do that firstly by means of a diachronic analysis concerning the development of social rights and social citizenship and secondly by examining the features and the assiological position given to social rights within the evolution of constitutionalism. To understand those historical motivations will surely help us in the comprehension of relations linking social citizenship and economic citizenship. In this regard it is indeed very interesting to realize how differences between existing between these two kind of citizenship started to decrease substantially when taking into consideration the features of traditional EU member states citizenship at least the eighties of last century until as above briefly I pointed out. At that time the concept of citizenship tout court had absorbed in itself both liberties which were typical of liberal state and rights granted by welfare states. It will be quite easy to realize that rights and institutions which we usually connect to welfare state and to social citizenship introduced mainly in the last century at the aim of becalming and sedating effects of the shattering Social Question generated by industrial revolution, of solving problems of industries and factories and in order to give a balance to the market rather than with the aim of humanizing life and work conditions of lower classes for ideal purposes. Welfare states were born and grew as “problems of industry” as lord Beveridge underlined in 1909. Industry itself introduced techniques which would have been later adopted by social states with the aim of creating and reproducing a well disciplined working class. In other words Social Question deserved to be taken into consideration in order to ensure the best conditions for markets and production system. Welfare state was actually enacted as a remedy to collateral effects of a liberal system solely based on freedom rights and property rights. Origins of social citizenship are to be found in the consequences of the industrial development of states previously characterized by a liberal constitutionalism. Apparently a merely liberal answer to the Social Question was not enough? How could the market alone or the timocratic representative system be made compatible with social peace possibly avoiding a revolution? Will todays debate about a European social citizenship develop similarly to classic national citizenship?

1.- Introduzione

La cittadinanza europea è stata sempre oggetto di un dibattito piuttosto vivace innanzitutto per il suo contenuto spesso non pienamente afferrabile ed in continuo divenire. La discussione ha raccolto l'interesse di molto soprattutto allo scopo di individuare quali soluzioni avrebbero permesso di coniugare nel migliore dei modi i concetti di cittadinanza europea e cittadinanza nazionale.

Questo risultato tuttavia richiede un preventivo sforzo volto alla precisazione dei contenuti dei concetti sopra richiamati e della connessa nozione di cittadinanza economica. Oltre ad analizzare il significato di tali concetti sarà inoltre necessario prestare attenzione al processo di decostruzione e di riconcettualizzazione che recentemente e sempre maggiormente ha interessato l'istituto della "cittadinanza". Questo istituto infatti pur avendo già assunto nel corso della storia significati molto diversi tra loro, ancora oggi è in rapidissima evoluzione e risulta piuttosto complicato individuarne chiaramente ed univocamente anche solo i connotati più essenziali.

In particolare, con l'acuirsi della crisi economica odierna, la cittadinanza europea è tornata ancora una volta al centro dell'attenzione. Ciò è avvenuto specialmente a causa del fatto che, da molte parti si auspica un arricchimento del contenuto sociale e politico, oltre che economico, della cittadinanza europea, coerentemente anche con la sempre crescente pervasività delle competenze comunitarie nella vita degli stati membri, mentre di fatto sempre di più si è assistito alla riduzione del concetto di cittadinanza europea ad un contenuto sempre maggiormente coincidente con quello di una cittadinanza rigorosamente economica.

Oggi più che mai è apparso evidente come la vita politica, economica e sociale dell'UE siano ispirate da una filosofia smaccatamente neoliberista e molto più attenta al rigore nella tenuta conti pubblici che non all'applicazione di forme minime di solidarietà sociale. Questa nuova interpretazione della filosofia di base del progetto comunitario appare, oggi più che mai, all'indomani della durissima lezione fornitaci dalle vicende della cosiddetta "grexit", praticamente auto-evidente. Anche nel recente passato tuttavia non erano mancate le avvisaglie della crescente affermazione

di questa idea di unione europea e del continuo scemare della carica ideale nella realizzazione del progetto europeo. Non si può infatti dimenticare che, pur essendo quest'ultimo nato con fini prevalentemente economici, nel corso del suo sviluppo, era andato arricchendosi in un'ottica di crescita della partecipazione e di crescente attenzione nei confronti delle tematiche sociali.

Un passaggio molto interessante ed esplicitamente rivelatore di questa evoluzione nel modo di intendere i diritti connessi allo status di "cittadino europeo" può essere rintracciato, tra l'altro, nella recente sentenza C-333/13 dell'11 novembre 2014 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, relativa alla concessione o meno, da parte dei singoli stati membri, dell'accesso alle prestazioni sociali ai cittadini di altri stati membri economicamente inattivi che si trovano nello stato di accoglienza. Tale decisione, proprio per il suo valore anche simbolico, verrà brevemente analizzata nel prosieguo di questo scritto.

La questione dell'individuazione del significato preciso della cosiddetta cittadinanza europea e della portata solo economica o anche politica e sociale chiaramente è ovviamente connessa al problema riguardante la possibilità (ma forse soprattutto anche la volontà) di reperire le somme sufficienti a supportare un tale ampliamento dell'azione comunitaria. Del resto ancor prima di affrontare un discorso circa la possibilità e l'opportunità di una possibile scelta di tal genere, è utile procedere ad un piccolo chiarimento circa origini, le ragioni storiche ed il reale significato delle nozioni di "stato sociale" e di "diritti sociali" elaborati dagli stati nazionali a partire dall'inizio del secolo scorso.

La cittadinanza sociale, e molti degli istituti giuridici che questa ha storicamente portato con se, sono stati fino ad un piuttosto recente passato, considerati e raffigurati come elementi base per la tutela della dignità umana benevolmente introdotti da filantropi, come il frutto di una spinta ideale ed umanitaria volta a portare al massimo sviluppo l'applicazione di un principio di solidarietà sociale che tuttavia, oggi più che mai, stenta a trovare eguali al di fuori degli stati membri dell'Unione Europea. Adottando un'ottica più realista e guardando un po' alle nostre spalle vedremo come i diritti sociali non ebbero mai le caratteristiche di un dono disinteressato ma furono

sempre il risultato quantomeno di una mediazione realizzata per il perseguimento di interessi ben definiti.

Inoltre, secondo il mio modo di vedere, in modo parzialmente discutibile, il concetto di cittadinanza sociale e quello di cittadinanza economica tipica dell'unione europea, sono spesso stati spacciati per nozioni tra di loro agli antipodi, anziché essere trattati, in modo, a mio avviso più consono, come istituti complementari tra loro.

Lo scopo di questo mio breve contributo è quella di attirare l'attenzione sulla condivisibilità di quest'ultima considerazione, procedendo in particolare attraverso un'analisi diacronica dello sviluppo dei diritti sociali e della cittadinanza sociale da una parte, e dall'altra, esaminando le caratteristiche e la posizione assiologica a questi conferita, nell'evolversi del costituzionalismo o, per meglio dire, dei costituzionalismi europei. Come spesso accade infatti guardare al passato aiuta a capire il presente e a prevedere almeno una parte del futuro.

Indubabilmente quello di cittadinanza sociale è un concetto caratterizzato da un certo grado di ambivalenza e complessità. Allo scopo di una più agevole comprensione dei rapporti intercorrenti tra cittadinanza sociale ed economica sembra utile indagare ed analizzare in profondità il contesto in cui il concetto di cittadinanza sociale o di diritti sociali sono nati e maturati. Analizzare le ragioni alla base delle origini di uno stato e di una cittadinanza sociali risulta infatti, a mio parere, estremamente utile e tali ragioni spiegano in modo decisamente eloquente ed efficace almeno una parte della relazione che lega la cittadinanza sociale con quella meramente economica.

A questo proposito, è interessante notare come la differenziazione tra tali due nozioni di cittadinanza era andata gradualmente perdendo di senso in modo sensibile fino a pochi anni fa. Quando si analizzavano le caratteristiche della cittadinanza infatti era strano trovarsi a dover scomporre tale nozione. Fino agli anni '80 infatti, in buona parte degli stati europei, il concetto di cittadinanza tout court aveva conglobato in se stesso sia le libertà tipiche del vecchio stato liberale sia i diritti dello stato sociale.

Gli elementi più tipici di quella che oggi chiameremmo cittadinanza sociale, come noto, sono stati gradualmente introdotti soprattutto nel corso degli ultimi due secoli prevalentemente al fine di limitare o quantomeno sedare gli effetti della dirompente questione sociale ed i problemi dell'industria e del mercato ancor prima che per spirito umanitario.

Lo stato sociale nasce e cresce infatti come un "problema dell'industria" (BEVERIDGE, 1909). L'Industria per prima infatti inizialmente usò gli strumenti che sarebbero diventati poi tipici dello stato sociale allo scopo di assicurare la riproduzione di una classe operaia "ben educata". In altri termini, tale problema meritava di essere preso seriamente in considerazione affinché potessero ritenersi assicurate le condizioni ottimali per la produzione e per il funzionamento del mercato.

Lo stato sociale nasce dunque fondamentalmente come correttivo degli effetti collaterali di un sistema liberale fondato sui soli diritti di libertà e proprietà. La separazione tra stato e mercato viene gradualmente ridotta in realtà con lo scopo di conseguire una maggiore protezione del mercato, della produzione e dell'ordine pubblico e sociale.

E' da osservare tuttavia che le origini della cittadinanza sociale si trovano in teoria già nel costituzionalismo sviluppatosi intorno alla rivoluzione francese che mirava alla costruzione di un ordine legale e sociale completamente nuovi, legato ai contemporanei sviluppi dell'economia ed in grado di fornire una cornice adeguata a tali cambiamenti economici che non sarebbe stato assolutamente possibile assecondare rimanendo all'interno delle regole dell'ancien regime. A tal proposito può essere interessante notare che già nel 1793, Robespierre aveva proposto alla Convenzione, una carta dei diritti che riconosceva valore precettivo al diritto all'impiego o all'assistenza sociale mentre trattava il diritto di proprietà non più come un diritto naturale o assoluto, ma come limitato dalla legge e dalle esigenze degli altri individui. In Francia il costituzionalismo e la concessione di diritti sociali rimasero connessi alla necessità di scardinare l'ancien regime allo scopo di fornire un contesto sociale, giuridico e politico adeguato alle esigenze di un sistema di produzione

completamente rinnovato e che necessitava per il proprio pieno sviluppo dell'eliminazione dell'ordine costituito. Tuttavia questo slancio ideale non trovò subito concreta applicazione. Sarà necessario attendere ancora alcuni decenni.

Nel corso del 19° secolo si venne a meglio determinare definitivamente la nozione di "diritti sociali" in ambito europeo. Questo fu il prodotto di due opposte correnti storiche, quella rivoluzionaria e quella controrivoluzionaria che tentavano entrambe di dare risposta alla questione sociale di quel secolo: come potevano il mercato ed il sistema rappresentativo timocratico essere resi compatibili con il conseguimento di condizioni di vita più tollerabili per i lavoratori senza passare per una rivoluzione? (TEUBNER G. 1986).

Poco più tardi poi lo stato sociale sarebbe entrato addirittura nelle costituzioni di vari paesi. La "costituente" divenne infatti il mito dei democratici, in particolare nei momenti di tensione rivoluzionaria come nel 1848 in Europa o nel 1918 in Russia.

Al contrario invece in Germania ed Austria dopo la sconfitta della prima guerra mondiale l'introduzione di diritti sociali divenne invece la strategia delle forze moderate contro il pericolo rosso. Di qui nacquero infatti la costituzione di Weimar del 1919 e quella austriaca del 1920.

Il leit motiv della concessione di diritti sociali finalizzato ad evitare la rivoluzione e dunque fundamentalmente volto a mettere al sicuro il perdurare di un'economia di mercato fu una costante degli ordinamenti giuridici e costituzionali europei (sebbene in misura e con modalità differenti) nel corso dell'ultimo secolo. Tra l'altro, la capacità di pressione delle organizzazioni dei lavoratori aveva conferito loro un potere contrattuale quantomeno significativo.

Cosa sta oggi invece dietro all'arretramento dello stato sociale?

I diritti sociali non hanno forse più senso di esistere come stampella del mercato e della produzione ancor prima che come concetti caratteristici del costituzionalismo? Una domanda di questo genere è oggi sempre più attuale e bruciante. Nei giorni presenti infatti ci troviamo di fronte ad un inarrestabile sbriciolamento del potere contrattuale di quella che un tempo sarebbe stata definita

la classe lavoratrice ed assistiamo alla disgregazione ed alla espressa volontà governa di demolizione della principale forma di organizzazione e rappresentanza del mondo del lavoro: i sindacati. Ragionando con un minimo di pragmatismo le caratteristiche attuali del mercato del lavoro non rendono più credibile la percezione della classe lavoratrice come una potenziale minaccia. Di conseguenza l'industria non sente più necessario ammansire le forze del lavoro tramite la concessione di qualche piccolo correttivo ad un mercato che ora più che mai sta tornando ad essere abbandonato alle logiche del più selvaggio liberismo. In questo contesto, i diritti sociali devono sempre essere considerati come un tema a cavallo tra dignità umana e sostegno al mercato, o forse oggi, sempre più apertamente sbilanciato verso la funzionalità rispetto alle esigenze della produzione.

Alla luce delle premesse storiche sopra accennate e tracciando un facile parallelo con quanto sta avvenendo nel presente risulta a mio avviso un dubbio fondato quello che ci porta a chiederci se possiamo ancora oggi continuare a tenere separate cittadinanza sociale ed economica, o meglio se possiamo ancora oggi fare a meno di una cittadinanza sociale europea di cui esistono solo timidi e frammentari segnali. Assistendo a quanto accaduto in questi ultimi mesi si ha l'impressione che no, non basta l'attuale concezione di cittadinanza meramente economica, ma pare che gli europei dovranno farsela bastare dal momento che il principio di solidarietà pare non essere più in voga. E mentre nell'UE la cittadinanza nazionale va sempre di più perdendo senso dopo che il passato sforzo verso la costruzione di una comune identità europea poi abbandonata a se stessa ha in realtà prodotto ottimi risultati, il ritorno all'idea di Unione Europea caratterizzata da una quasi incondizionata economia di mercato sta mostrando i suoi peggiori limiti nel mezzo della crisi economica e finanziaria che sta flagellando l'UE.

2.- La nozione di cittadinanza in generale, il cammino verso la cittadinanza europea

Il concetto di cittadinanza ha avuto a sua volta nel tempo diversi significati. Non esiste una definizione in grado di abbracciare il senso di tutte varie esperienze ma, generalizzando al massimo, si potrebbe riassumere tale nozione intendendola

come uno status, un insieme di diritti, che racchiude in sé un concetto di identità e che solitamente implica la possibilità di partecipare attivamente ad una comunità politica (FERRAJOLI, 1994).

La definizione appena esposta non è che una sorta di scheletro. A partire da questa base concettuale, comune il più possibile, sono infatti tantissime le concezioni di cittadinanza che si sono sviluppate andando a costituire nuovi e diversi modelli di cittadinanza.

Negli ultimi due secoli il concetto di cittadinanza è stato assorbito dal concetto di nazionalità.

La cittadinanza è però indubbiamente un'idea molto più antica, risalente agli antichi greci. E' infatti solo molto più tardi che, con l'emergere ed il consolidarsi degli stati-nazione, alla cittadinanza è andata sostituendosi la nozione di nazionalità: la cittadinanza nazionale diventa un sinonimo di "fonte di partecipazione" (MEEHAN, 2000), un coacervo di diritti politici civili e sociali ed un veicolo di sentimenti di identificazione. (MARSHALL, 1950)

Negli ultimi decenni poi, nel contesto dei processi di globalizzazione da un lato e di regionalizzazione dall'altro, tale nozione di cittadinanza è stata sottoposta a sfide molto significative. Parte della dottrina ha infatti osservato che già da tempo il fenomeno della cittadinanza ha iniziato, seppur nella sua versione più minimale, a spingersi al di là dei confini della nazione e a dissolvere dunque la sua simbiosi con il concetto di nazionalità (SOSYAL, 1994)

Per gli studiosi, il "divorzio" tra cittadinanza e nazionalità, nel contesto del processo di integrazione Europea rappresenta uno dei più suggestivi campi di indagine. Il tema della cittadinanza ha accompagnato l'evoluzione della Comunità europea almeno dagli anni '70 e più di recente, nel 1992, ha trovato espressione nella codificazione di un concetto giuridico di cittadinanza europea nell'ambito del Trattato di Maastricht. Nonostante la sua costante associazione con la cittadinanza nazionale nel linguaggio dei Trattati, la cittadinanza europea nei termini dell'articolo 17 del Trattato che istituisce la Comunità europea (di seguito trattato CE, ora art. 20 del

trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) rappresenta forse il primo esempio di cittadinanza post-nazionale da un punto di vista di diritto positivo (BAUBOEK, 2007). L'introduzione di una norma sulla cittadinanza sopranazionale nei Trattati, in ogni caso non è che un aspetto piuttosto marginale del fenomeno di trasformazione della cittadinanza nel contesto del processo di integrazione europea: suona ancora un po' come una dichiarazione di intenti fin ad ora abbastanza sterile a fronte di trasformazioni che avvengono di fatto in modo tumultuoso e tuttavia spesso inosservato, che toccano i diritti, le visioni del demos e le fonti di identificazione (STRUMIA, 2013) degli individui. Diversi elementi contribuiscono a tali cambiamenti: il continuo sforzo di consolidare ed espandere il mercato interno, crescenti flussi migratori da diverse regioni del mondo, toni alterni nel dibattito nazionale e sopranazionale su appartenenza e identificazione e, naturalmente le riforme del diritto positivo.

Questo mio breve scritto punta ad esplorare alcuni aspetti dell'evoluzione della cittadinanza in Europa, con la profonda consapevolezza che la cittadinanza è una nozione complessa e dai molti volti e che per interpretare le sue trasformazioni è indispensabile adottare un approccio multidisciplinare.

In particolare pare opportuno incentrare l'analisi su due aspetti della trasformazione della cittadinanza nell'Unione Europea, in un primo senso la cittadinanza dell'Unione Europea mette in risalto la condizione dei migranti intra-comunitari mentre pone in secondo piano la visione della cittadinanza come insieme di diritti di chi appartiene ad una ben definita comunità culturale e politica. L'articolo 20 TFUE è molto chiaro nell'affermare che "è cittadino dell'unione chiunque abbia la cittadinanza di uno stato membro" e che "la cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima". Tuttavia la regola della coincidenza tra nazionalità e cittadinanza europea non è una regola pura: ci sono specificazioni ed eccezioni.

E' da notare che la libertà di circolazione rappresenta ancora il nucleo fondamentale dei contenuti della cittadinanza dell'unione e che molti dei diritti ad essa connessi nei Trattati, o emersi in seguito, nelle interpretazioni giurisprudenziali,

sono funzionali alla libertà di circolazione. Per capire la portata innovativa dell'idea della scomposizione della cittadinanza, è utile dare un'occhiata ad un secondo aspetto da prendere in grande considerazione con riguardo alla tipologia dei diritti da ritenersi collegati alla cittadinanza in generale.

E' famosa la distinzione dei diritti di cittadinanza in tre classi proposta da T.H. Marshall; le tre classi sono: diritti civili, diritti politici ed economico/sociali. T.H. Marshall sostiene che le tre classi hanno avuto alterne vicende per buona parte della storia del concetto di cittadinanza, fino al XX secolo. Hanno trovato una riconciliazione solo quando si è raggiunto un concetto appunto complesso di cittadinanza che abbracciava anche i diritti sociali (MARSHALL, 1950: 1) . La cittadinanza dell' Unione Europea tuttavia, spezza il concetto in questione ancora una volta riconoscendo un ruolo preponderante ai diritti economici. La cittadinanza dell' Unione Europea ha indubbiamente un debole per i soggetti economici che operano sul mercato comune così facendo di una delle quattro libertà sulle quali esso si fonda, il centro fondamentale attorno al quale ruota tutto il resto. La cittadinanza Europea pertanto si differenzia da nozione di cittadinanza elaborata da Marshall per il fatto che nella sua versione "Europea" il concetto di cittadinanza si caratterizza in particolare per essere come una versione di cittadinanza "più sottile" (STRUMIA, 2013: 1) e concepita principalmente in termini economici. Si potrebbe dire che parlando di cittadinanza europea si allude non più ad una cittadinanza per così dire "completa" quanto piuttosto ad una cittadinanza meramente economica.

Inoltre una forma di cittadinanza (come quella europea) costruita in modo assolutamente prevalente su di una riconcettualizzazione della libertà di circolazione e su alcuni aspetti di altre libertà definibili come economiche, oltre che portarci a parlare di una cittadinanza definibile nella migliore delle ipotesi come complementare, comunque incompleta ed impoverita, tende anche ad alterare la nozione di quel vincolo di solidarietà di norma sottesa al welfare state. La cittadinanza europea si caratterizza ancora oggi per essere essenzialmente una cittadinanza di mercato: secondo parte della dottrina infatti, diversi importanti aspetti della cittadinanza , quali

partecipazione, identificazione collettiva, lealtà alla nazione ma soprattutto solidarietà verrebbero sacrificati agli ingordi interessi del mercato(RUMOLF, 2000).

Al di là della difficoltà di smentire quanto osservato in merito all'incompletezza della nozione di cittadinanza europea, e pur tenendo conto del suo carattere integrativo rispetto alle diverse disposizioni dei suoi vari stati membri, bisogna osservare che ciò non sarebbe tanto grave se, al mantenimento di questa versione di cittadinanza comunitaria, non si abbinasse una continua perdita di sovranità da parte dei vari stati nazionali in favore dell'unione europea. Tali cessioni di sovranità, spesso anche costituzionalizzate, non sarebbero affatto un male in se stesse se fossero poi bilanciate da un ritorno tangibile in ulteriori diritti o benefici per i cittadini. Ma l'anomalia di questo fenomeno di "doppia cittadinanza" sta principalmente nel fatto che esso in concreto implica sempre più spesso uno scadimento generale della posizione giuridica dell'individuo invece che una vera e propria integrazione tra la cittadinanza europea e quella nazionale e dunque la realizzazione di un percorso che invece che verso il progresso si dirige per molti aspetti verso un ritorno al passato.

Uno stimolo a queste riflessioni viene anche dallo stesso titolo impresso a questo incontro "Sfide per il costituzionalismo di fronte al processo di integrazione europea"...Una simile espressione, carica di una certa dose di ambivalenza porta quantomeno a chiederci di quale genere di costituzionalismo stiamo parlando.

3.- Nozione di cittadinanza economica e legami con la concezione liberale

Le origini della nozione di cittadinanza economica non sono direttamente o meglio, letteralmente, riconducibili al testo dei Trattati o alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ma piuttosto al contagio del concetto di cittadinanza con quella filosofia di mercato che ha animato la stessa evoluzione del processo di integrazione sin dall'inizio.

La cittadinanza dell'Unione Europea, prima ancora di essere positivizzata come categoria giuridica all'interno del trattato di Maastricht, ha preso forma nelle vesti di nozione economica, incentrata tutt'al più sui diritti funzionali al perseguimento dell'interesse economico individuale ed all'esercizio delle libertà di mercato.

L'idea di una cittadinanza economica non è tuttavia del tutto nuova. Con nomi ed in contesti diversi, quest'idea, si rivela molto risalente. Se ne possono facilmente rintracciare le origini nella tradizione del pensiero liberale che mette in evidenza il contenuto della cittadinanza, in termini di diritti caratterizzanti la condizione di "appartenenza ad una comunità che protegge la libertà dei propri appartenenti". Questa ultima espressione va meglio precisata. E' necessario infatti tenere in debito conto che l'approccio liberale alla cittadinanza tra l'altro, contrasta con altre due visioni: quella legata alla la tradizione più antica che esalta la natura politica della cittadinanza, che avrebbe come principale espressione la partecipazione attiva alla vita politica della comunità in primo luogo. In secondo luogo poi troviamo la più recente concezione secondo la quale il cittadino è visto anche come il titolare di diritti sociali nei confronti dello Stato.

Nella tradizione classica elaborata dai greci e poi ripresa dai romani il cittadino avrebbe incontrato i suoi pari nell'*agorà*, il luogo dove avvenivano i processi decisionali, gli scambi e gli accordi politici e che sanciva il legame di appartenenza tra i *polites*. La cittadinanza così intesa comportava l'esercizio della pubblica virtù ed un impegno attivo per il bene della propria comunità. Il cittadino dunque non era concepito come un atomo isolato ma come parte integrante di una collettività politica.

Il costituzionalismo come dottrina politica nasce molto più tardi in concomitanza con il diffondersi delle idee liberali. Come si vedrà infatti esso nascerà con un marchio nettamente classista che innanzitutto lo oppone alla democrazia il cui ideale è fondato sulla partecipazione di tutti. Con la rivoluzione francese che si era "dapprima rivolta contro i privilegi dell'Antico Regime – secondo l'interpretazione datane da Constant e dai "dottrinari" di quell'epoca – si era però superato il segno, onde ne doveva seguire necessariamente – come infatti accadde, uno stravolgimento di proporzioni enormi (ZAGREBELSKY, 2013) secondo la legge eterna del pendolo nelle cose politiche per la quale – Ogni eccesso suole portare con sé una grande trasformazione in senso opposto" (PLATONE, Repubblica, 563e, 564a)." Ma in che cosa la Rivoluzione aveva superato il segno? Nella pretesa di superare quella che nella

concezione liberale, ereditata specialmente dalle tradizioni inglese ed americana, doveva essere la naturale divisione della società tra coloro che sono e coloro che non sono “padroni di sé stessi”. I “non padroni di se stessi” sono coloro che lavorano per vivere, cioè dipendono da un salario. I padroni di se stessi invece sono coloro che vivono di profitto o di rendita. Tale distinzione può apparire in parte nebulosa, ma politicamente la questione era invece più che chiara: da una parte stanno i lavoratori i quali dipendono da altri e dunque sono “in posizione servile” e dall’altra stanno gli uomini liberi- la cui libertà dipende dalla condizione dei primi. Questa era la visione di fondo, una visione considerata naturale ed insuperabile. Perché possa esserci la libertà di alcuni, deve esserci, (e lo stato ha la funzione di garantire tale libertà) la condizione servile di altri. Lo Stato liberale si sviluppa intorno al XVIII sec. con i movimenti politici della borghesia contro i sovrani assoluti. Basti pensare alle due Rivoluzioni Inglesi, al Bill of Rights del 1689, alla Rivoluzione Americana e Costituzione conseguente ad essa del 1788, alla Rivoluzione Francese e alle Costituzioni del 1791 e 1793.

Lo Stato liberale ha come obiettivo essenziale, spesso fondato su una base giusnaturalistica, la tutela delle libertà e dei diritti inviolabili dei cittadini attraverso una Carta Costituzionale che riconosce e garantisce tali diritti fondamentali. Per il liberalismo è infatti primaria la difesa dell'individuo da qualsiasi forma di potere o coercizione venga su di esso esercitata.

È uno stato di diritto in quanto subordinato alla legge, prevede la presenza di una costituzione (consuetudinaria o scritta) che stabilisce i diritti dei cittadini e l’organizzazione del potere politico.

È uno stato laico che accetta, purché compatibile con le leggi statali, ogni opinione e religione.

Il principio liberale, rintracciabile nelle elaborazioni prima di Locke e poi di Montesquieu, pur nella varietà delle posizioni assunte (Locke è giusnaturalista e non lo è Montesquieu) assume la libertà dei singoli individui come fondamento dello Stato e vede nella separazione dei poteri la garanzia fondamentale affinché essa sia

rispettata. Il problema principale è quello di porre dei limiti alla sovranità dello stato; la sovranità non è quindi assoluta, ma limitata.

In questo modo è possibile la salvaguardia della libertà dell'individuo, che il principio liberale assume come valore assoluto.

Il principio liberale trova espressione sul piano costituzionale in primo luogo attraverso:

- in primis un sistema di rappresentanza limitata: limitata alla classe dei proprietari secondo un criterio censitario. Non si ha quindi ancora "sovranità della nazione", solo una parte dei cittadini partecipa alla vita politica (in genere: proprietari terrieri e borghesia) gli altri sono esclusi e quindi privi di qualsiasi diritto politico. Solo a chi possiede proprietà e versa tributi allo stato vengono riconosciuti i diritti di rappresentanza. Il suffragio era infatti oltre che solamente maschile, soprattutto limitato secondo il censo.
- Altro punto fondamentale era costituito dalla separazione dei poteri: il modello liberale originario (che prevedesse un regime monarchico o repubblicano) tende a riservare al governo o al re il controllo dell'esecutivo, al parlamento il potere legislativo, alla magistratura il potere giudiziario.
- Oltre a ciò, il modello liberale prevedeva una nozione del principio di uguaglianza unicamente formale: la cittadinanza comporta la salvaguardia dei soli diritti civili (libertà di pensiero, di proprietà, economica, religiosa, ecc.), i diritti politici sono riservati ad una ristretta cerchia, mentre i diritti sociali vengono esclusi. Infatti lo status socio - economico dei singoli deve essere il risultato della loro libera iniziativa e non dell'intervento dello Stato.
- Dal punto di vista economico è uno stato "minimo" perché tutela la libertà di ciascuno, ma non interviene nel sistema economico per equilibrare la ricchezza tra i cittadini.

Principali esponenti di tale corrente di pensiero sono gli inglesi. ADAM SMITH che nel 1776 pubblicò la sua opera principale: *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*; DAVID RICARDO, che pubblicò nel 1817 i *Principi di economia*

politica. I principi del liberismo vengono assunti come regola che la politica economica deve seguire perché sia garantito il massimo sviluppo: in primo luogo si auspica l'astensionismo statale. Secondo tale visione l'organizzazione della produzione e della distribuzione dei beni deve essere affidata non all'interventismo dello stato, ma ai meccanismi naturali e razionali del libero mercato. Si riteneva infatti agli albori di tale concezione che un intervento da parte dello Stato avrebbe prodotto l'alterazione dei naturali rapporti economiche e il loro squilibrio con conseguenze disastrose sul mercato e sulla produzione.

Inoltre, grande valore era attribuito alla libera concorrenza: deve essere lasciata assoluta libertà ai produttori di competere sul mercato, tale regola garantisce la selezione naturale di quelle imprese capaci di offrire prodotti in cui il rapporto qualità prezzo sia il più vantaggioso per il consumatore. Ciò garantisce lo sviluppo economico della società e la coincidenza tra profitto dei singoli privati e bene comune.

Altro caposaldo della concezione liberale consiste nella libertà di iniziativa: i soggetti che agiscono nel mercato devono essere lasciati totalmente liberi, la loro iniziativa non deve essere limitata o vincolata. Questa regola trovava espressione sintetica nella massima del "laissez faire".

A ciò si aggiunge l'accento posto sulla libera circolazione delle merci: anche le merci dovevano essere lasciate circolare liberamente sul mercato senza alcuna limitazione protezionistica, tale concetto viene espresso nell'altra massima tipica del liberismo del "*free trade*". Inoltre si era giunti, in una teorizzazione più generale, a spiegare le relazioni intercorrenti tra l'armonia nel mercato, l'interesse individuale e il bene comune: secondo Smith il mercato è regolato da una sorta di armonia spontanea per cui l'interesse egoistico del singolo viene necessariamente a coincidere con il bene comune. Quindi, chi agisce in vista del proprio tornaconto personale, arriva ad ottenere, inconsapevolmente, un risultato utile per tutta la società. Smith illustra tale tesi con la metafora della "mano invisibile" che guiderebbe i comportamenti individuali verso fini socialmente utili.

E' ancora assolutamente da notare come molta attenzione sia dedicata al mercato e alla libera concorrenza: il mercato è il luogo di incontro tra l'offerta e la domanda. Dal rapporto tra queste due dipendono il prezzo dei beni e la loro quantità, cioè i prezzi salgono se l'offerta è superiore alla domanda e scendono nel caso contrario.

Il liberismo presentò però diversi aspetti negativi. Prima di tutto non difese ovviamente le categorie più deboli, quelle dei lavoratori che solo con l'affermarsi delle organizzazioni sindacali iniziarono ad essere tutelati. Inoltre l'astensione dello Stato portò a situazioni di crisi gravissima come nel 1929 negli Stati Uniti e poi in Europa e come si è verificato in occasione della recente e drammatica crisi che ha investito, sempre a partire dagli USA, l'intera economia mondiale ormai globalizzata.

Secondo la più recente tradizione liberale infatti, la cittadinanza esalta piuttosto la condizione dell'individuo cittadino: il cittadino è parte della comunità politica con la quale ha stipulato un contratto sociale, ma la sua appartenenza a tale comunità si esprime prima di tutto nella titolarità di diritti civili in primo luogo ed in un certo qual senso anche politici nei confronti del governo. Il rapporto tra cittadinanza e governo della comunità è ripensato in modo assolutamente più impersonale, indiretto e mediato tramite i diritti. Il liberalismo con la nuova concezione di società che lo accompagna fornisce la culla per una nozione economica di cittadinanza. Nella visione liberale la produzione della ricchezza e tutti gli istituti funzionali a garantirla e facilitarla sono visti come gli obiettivi primari della regolamentazione dell'interazione sociale e dell'impegno politico. Ma non tutto funzionò così automaticamente come avrebbe dovuto, i nuovi metodi di produzione e la regolamentazione elaborata per sostenerli svelarono molto presto i loro limiti ed innescarono nuove dinamiche sociali di cui divenne impossibile non tenere conto.

3.- La cittadinanza sociale e la sua conquista

Il sistema liberale puro, sebbene costituisca ancora oggi la spoglia impalcatura di base del tradizionale di cittadinanza, nella sua versione incontaminata non avrebbe potuto reggere a lungo senza integrazioni. Bisogna infatti tenere conto del fatto che

quell'esordio del costituzionalismo di matrice eminentemente liberale non restò senza conseguenze. Con il tempo coloro che non erano concepiti come padroni di se stessi cominciarono a prendere coscienza, sebbene tra molte difficoltà e resistenze, della propria importanza e del proprio peso e diedero vita alle prime forme di organizzazione volte a difendere i propri interessi per giungere poi dopo molte traversie al pieno riconoscimento nonché all'affermazione di nuovi diritti volti a tutelare in particolare la condizione di tali, relativamente nuovi, soggetti politici. Cosa era avvenuto tra nascita del costituzionalismo liberale ed i progressi che furono in seguito conseguiti dai "lavoratori"? C'era stata appunto l'ascesa delle masse popolari, cioè l'ingresso del mondo del lavoro nella vita politica. C'era stata, in breve, una diffusione della democrazia che aveva portato con sé la generalizzazione dei diritti e l'uguaglianza rispetto a beni primari come la vita, la salute, la previdenza sociale ed il rigetto del privilegio.

Generalmente accade spesso che il diritto rimanga indietro rispetto alla realtà ma per quanto attiene la questione sociale ed il lavoro, il ritardo, almeno per quanto riguarda la legislazione italiana, fu decisamente notevole. Il codice civile del 1865, in tema di lavoro, presentava una clamorosa lacuna e non riusciva a percepire nemmeno la necessità di regolare il rapporto lavoro all'interno dell'impresa semplicemente perché nel medesimo codice e, per la verità nell'intera codificazione italiana, erano stati completamente ignorati la rivoluzione industriale ed i suoi effetti sociali. Solo il codice penale del 1889 si occupava dei caratteristici strumenti delle contese economiche -lo sciopero e la serrata- ma esclusivamente per stabilirne la non punibilità purchè "padroni" ed "operai" non varcassero i limiti dell'ordine pubblico. Già prendere atto della collocazione sistematica delle uniche norme sul lavoro e considerare che esse sono associate con il riferimento all'ordine pubblico è molto utile per capire quale fosse stata l'ottica con la quale il legislatore e lo stato guardavano ai fenomeni in questione. Tutto il resto, il formarsi di gruppi e le forme del loro agire sul piano negoziale, non era né garantito né vietato soltanto era giuridicamente irrilevante. E' inoltre da sottolineare come, "un tratto caratteristico di quel poco che esiste nella nostra legislazione sulla locazione d'opera, è la considerazione

individualistica dei rapporti di lavoro” (CARNELUTTI, 1913, p. XII). Come il diritto commerciale aveva segnato un importante punto a favore della classe borghese nella sua lotta contro i privilegi feudali delle classi fondiarie così, anche il diritto del lavoro, avrebbe celebrato la fine dell'emarginazione giuridica di una classe subalterna. Ma per quanto suggestivo, l'itinerario del diritto commerciale non avrebbe potuto essere seguito dal diritto “operaio” o del lavoro. Lo stato si astenne per lunghissimo tempo dal legiferare a riguardo, per la semplice, ma decisiva ragione che non rappresentava in misura sufficiente gli interessi della classe operaia: casomai ne avrebbe tenuto conto compatibilmente con gli interessi delle classi dominanti. “ Senonchè far capire alla classe degli imprenditori che proprio il loro interesse esige l'acceleramento e l'organizzazione del mondo del lavoro, è naturale che non sia stato facile” (MESSINA, 1907). La classe borghese lamentava peraltro che, le organizzazioni operaie “manipolate da fabbricatori di scioperi”, erano nelle mani degli operai, come un'arma pericolosa nelle mani di un fanciullo” (BARASSI, 1915). Con questo tipo di valutazioni in giro, ben pochi erano disposti a ritenere che anziché una legge sulle organizzazioni professionali fosse preferibile una regolamentazione della contrattazione collettiva. Una disciplina repressiva del movimento sindacale non poteva non apparire come la più adeguata difesa dell'ordine sociale minacciato dalle turbolenze che inevitabilmente accompagnavano i processi di industrializzazione. Questo era il contesto che “accoglieva” le prime rivendicazioni delle masse di lavoratori alle origini di quella che potrà definirsi solamente come una lotta per la conquista dei loro diritti. Tali masse furono viste a lungo come minacciose e fu necessario molto tempo affinché gli imprenditori e le istituzioni comprendessero, in buona parte grazie anche allo spauracchio di una rivoluzione (che già si era verificata in altri stati), che era anche nel loro interesse ridurre il conflitto sociale tramite la concessione di benefici (simili a quelli che sarebbero poi stati garantiti dallo stato sociale sotto forma di diritti sociali in tempi successivi) ai propri lavoratori allo scopo di realizzare un ambiente più pacifico e meno conflittuale. A questo proposito, possono essere considerate emblematiche le storie dei Marzotto o di Olivetti. In Italia, a parte queste poche eccezioni tuttavia, la questione sociale non fece che crescere addirittura fino agli anni '70 del ventesimo

secolo quando, nonostante le turbolenze sociali non fossero venute meno, si può dire che la condizione operaia aveva ottenuto, in buona parte dallo stato stesso, il riconoscimento di varie garanzie sociali.

La nostra costituzione già dal 1948 recitava che “l’Italia è una repubblica fondata sul lavoro” e parlava di lavoro come diritto e come mezzo per l’affermazione della dignità sociale dei cittadini. C’era il diritto alla salute, alla previdenza e assistenza, all’istruzione pubblica, alla creazione ed all’adesione ad organizzazioni sindacali, la limitazione delle attività economiche con il vincolo dell’utilità sociale ed altro ancora. Tutto ciò era in linea con le prime costituzioni sociali come quella di Weimar o quella Austriaca. Dietro a tali conquiste di uguaglianza sostanziale e stavano indubbiamente il supporto fornito dai sindacati e dai partiti di sinistra, ma anche la chiesa, con la sua nuova dottrina sociale. Ed è proprio tramite la valorizzazione di tale principio di uguaglianza sostanziale, invece che solo formale, che si sviluppò lo stato sociale in tutte le sue varie articolazioni. Il primo mezzo per tali conseguimenti fu quello di organizzare la classe operaia, abbandonando la visione individualistica e al fine di raggiungere una capacità di pressione maggiore. Fu una nuova epoca all’interno della quale la classe operaia non diventò “dominante” ma ottenne il rispetto e la garanzia dei propri diritti e della propria dignità che finirono poi con l’essere diritti garantiti dallo stato stesso, come appartenenti a ciascuno dei cittadini. Per questo, la cittadinanza cui corre immediatamente ed automaticamente il pensiero per uno studioso della mia generazione, è innanzitutto quella tarda versione della cittadinanza nazionale che era normalmente comprensiva dei diritti civili, politici e sociali. La parzialità della cittadinanza europea suona invece come qualcosa di non pienamente comprensibile nella sua reticenza su tanti argomenti caldissimi e caratteristici degli odierni “hard times”. Qualcosa a metà tra l’anacronistico ed l’ambivalente.

Oggi sempre più, inoltre, l’allargamento dei diritti connessi alla cittadinanza europea sembra non solo essersi fermato ma addirittura ci troviamo vicini ad una battuta d’arresto di tale processo. Un esempio di tale tendenza, che potrebbe definirsi quantomeno restrittiva, si può trovare chiaramente espresso in una recente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea che ribadisce in tale decisione una lettura

piuttosto austera della conformità al diritto comunitario del diniego di prestazioni sociali assistenziali, da parte di uno stato membro nei confronti dei cittadini di un altro stato membro che siano economicamente inattivi nello stato ospite. In particolare la CGUE nella sentenza 11/11/2014 n° C-333/13 ha precisato per uno stato membro è possibile negare prestazioni sociali a di un altro stato membro qualora questi siano economicamente inattivi sulla scorta dell'art. 24 par.1 della direttiva 2004/38 in combinato disposto con l'art. 7, par. 1 lett. b) della medesima direttiva e con l'art. 4 del regolamento n.883/2004. Secondo la Corte di Giustizia, in particolare, le norme sopra menzionate devono essere interpretate in maniera tale che esse non si pongano come ostacolo alla normativa di uno Stato membro in forza della quale, cittadini di altri Stati membri sono esclusi dal beneficio di "alcune prestazioni sociali in denaro di carattere non contributivo" ai sensi dell'art, par. 2 del regolamento n.883/2004. Tali prestazioni devono invece ritenersi, secondo la CGUE, garantite ai cittadini dello Stato membro ospitante che si trovino nella medesima situazione, nel caso in cui i cittadini del diverso Stato membro non godono di un diritto di soggiorno in forza della direttiva 2004/38 nello stato membro ospitante. Tale interessante decisione trae origine dalla controversia promossa da due cittadini rumeni (madre e figlio) contro il Jobcenter di Lipsia che ha rifiutato loro le prestazioni assicurative di base e si pone in continuità con le posizioni recentemente assunte da Regno Unito e Germania con riferimento alla possibilità di negare l'accesso alle prestazioni sociali previste da tali paesi per i (soli) propri cittadini e non per i cittadini di altri cittadini membri nel momento in cui questi ultimi non possano definirsi economicamente attivi negli stati ospitanti. E' dunque chiaro che, se ci si attiene a questa decisione, la titolarità di tali diritti non consegue più direttamente dalla sola titolarità della cittadinanza nazionale di uno degli stati membri dell'Unione Europea. Si richiede un ulteriore requisito per l'accesso alle prestazioni sociali, quello dell'attività economica nello stato ospitante. E' comprensibile come tale interpretazione sia stata ideata con lo scopo di contrastare possibili migrazioni da uno stato membro ad un altro finalizzate solamente al conseguimento di prestazioni sociali migliori rispetto a quelle garantite dallo stato membro di appartenenza e con l'obiettivo di evitare possibili fenomeni di turismo del

welfare. Si lascia tuttavia al giudizio di chi legge la valutazione del grado di solidarietà ed equità sociale espresso da tale quadro normativo ed interpretativo.

4.- Conclusioni

In definitiva, dunque, l'elaborazione poi di una nozione di cittadinanza sopranazionale nel contesto dell'Unione europea ha portato ad una effettiva nuova rottura tra i tre elementi individuati di Marshall: i diritti legati alle libertà economiche, come nello stato di matrice liberale, ancora una volta, vengono ad occupare una posizione privilegiata. La cittadinanza sopranazionale come status giuridico, arriva come visto, solo con il trattato di Maastricht nel 1992. Non si tratta però di un'aggiunta *ex novo*, la cittadinanza dell'Unione piuttosto continua e conferma i discorsi sull'appartenenza evolutisi in stretta connessione con la graduale costituzione e l'approfondimento dei legami generati dalla realizzazione del mercato interno. La cittadinanza comune di Maastricht porta l'eredità di uno status di appartenenza riconosciuto ai soggetti economici nella Comunità fin dalla nascita del mercato comune: la novità è che le opportunità di partecipare al mercato vengono riconcettualizzate come diritti. E proprio nel corso di tale riconcettualizzazione potremo vedere che lo svolgimento di un'attività produttiva, da scelta incoraggiata nel contesto della comunità economica europea diviene fonte di *status* nell'Unione Europea. E fin qui sarebbe tutto tranquillo se non fosse che gli stati nazionali progettano di tornare stati minimi, il mondo del lavoro è divenuto ormai privo della capacità di unirsi e far valere i propri interessi e l'imprenditoria nel nuovo contesto costituito dalla globalizzazione, sempre di più guarda all'estero per il reclutamento della propria forza lavoro, e specificamente a quei paesi in via di sviluppo dove le garanzie ed il costo della manodopera sono del tutto inferiori. Non esiste più il problema del conflitto sociale, si può tranquillamente trovare altrove qualcuno che di diritti ha sentito parlare ben poco e che è pronto a prestare la propria opera per molto, molto meno.

Si è parlato molto di internazionalizzazione dei diritti e di una loro possibile estensione. Uno sviluppo sregolato della globalizzazione ci sta invece portando verso l'internazionalizzazione della mancanza di diritti.

Probabilmente peraltro sarebbe molto più corretto parlare di costituzionalismi al plurale, dal momento che a partire dalla sua nascita il costituzionalismo è divenuto un contenitore dei più vari elementi.

Riferimenti Bibliografici

FERRAJOLI L.; La cittadinanza-appartenenza, Identità, Diritti, Laterza, Bari 1994.

MEEHAN E., Citizenship and the European Union, Rheinische –Friedrich – Wilhem-Universitaat, Bonn 2000.

MARSHALL T.H.; Cityzenship and Social class and other Essays, Cambridge University press, Cambridge 1950.

SOSYAL Y.N., Limits of cityzenship : Migrants and Postnational membership in Europe, University of Chicago press, Chicago 1994 ;

SHORE C.; The cultural politics of European Integration; Routledge, New York, 2000.

BAUBOECK R.; Why European cityzenship, in Theorical Inquiries in Law, 2007.

STRUMIA F., La duplice metamorfosi della cittadinanza in Europa, Jovene, Napoli, 2013

RUMOLF C., European cohesion? Contraddictions in EU Integration, San Martin, New York, 2000.

ZAGREBELSKY G., 2013, “ Fondata sul lavoro”, Einaudi Torino.

CARNELUTTI, Infortuni sul lavoro, I, Roma, 1913, p. XII)

MESSINA , Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa, Roma , 1907

BARASSI, Il contratto di lavoratori diritto positivo italiano, I, Milano 1915

THE FUTURE OF INDIVIDUALS IN THE EUROPEAN UNION: THE EVER DEAR MARKET CITIZEN.

Gracy Pelacani
University of Trento

Summary:

- 1.- Introduction.
- 2.- Third-country national legal migrants' statuses and the Union citizenship.
- 3.- The no-revolution of the CJEU case law on the Union citizenship.
- 4.- Conclusions.

References.

Abstract in English

The future of individuals in the European Union: the beloved market citizen.

The article aims to explore the evolving role of the individual within the European Union by using the Union citizenship as a revealing lens. In particular, the scope is to question the emancipatory effect of the Union citizenship in the process of overcoming the paradigm of market citizen. Despite the erosive effect of the Court of Justice case-law on the above mentioned paradigm, and the devising of a comprehensive status to EU citizens, the EU's conception of the individual has remained, after all, economic. This emerges with particular clearness from the comparison between the statuses provided to third-country nationals legal migrants and the Union citizenship: an individual are granted more and more secure rights, the more it exercises an activity economically relevant for the market, or if the citizen is, at least, economically neutral because self-sufficient. It concludes, therefore, by affirming the lasting good health of the market citizen paradigm.

Abstract in italiano

Il futuro degli individui nell'Unione europea: Il sempre caro cittadino economico.

L'articolo si propone di esplorare l'evoluzione del ruolo assunto dagli individui nell'integrazione Unione europea utilizzando la cittadinanza dell'Unione come una lente rivelatrice. In particolare, lo scopo è mettere in dubbio l'argomento che associa alla cittadinanza dell'Unione un (supposto) effetto di affrancamento dal paradigma del cittadino di mercato. Nonostante l'effetto di erosione di questo paradigma esercitato da alcune pronunce della Corte di Giustizia, e il tentativo di dare ai cittadini dell'Unione uno status che non li distingua in base al loro essere economicamente attivi, la concezione dell'individuo all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea è rimasta, dopotutto, economica. Questo emerge con particolare chiarezza dalla comparazione tra gli status attribuiti ai cittadini di paesi terzi migranti regolari e la cittadinanza dell'Unione: alla persona si attribuiscono maggiori e più estesi diritti quanto più l'attività che esercita all'interno dell'UE è economicamente rilevante, o è tale da renderlo economicamente neutrale in quanto autosufficiente. Si afferma, pertanto, in conclusione, che il paradigma del cittadino di mercato gode di ottima salute ed informa ancora la concezione dell'individuo all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea.

Resumen en español

El futuro de las personas en la Unión Europea: el todavía querido ciudadano económico.

El escrito tiene como objetivo explorar la evolución del papel del individuo dentro de la Unión Europea mediante el uso de la ciudadanía de la Unión como una lente de aumento. En particular, el objetivo es cuestionar el argumento que asocia a la ciudadanía de la Unión un hipotético efecto emancipador por el papel clave desempeñado en el proceso de superación del paradigma del ciudadano del mercado. A pesar del efecto de erosión que hubo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a este paradigma, y la elaboración de un estatuto integral por los ciudadanos de la UE, la concepción de la persona en la UE se quedó de natura económica. Así se desprende con especial claridad de la comparación entre los status conferidos a los ciudadanos de países terceros que son inmigrantes regulares y la ciudadanía de la Unión: es decir, al individuo son atribuidos más y más amplios derechos cuanto más ejerza una actividad económica, o cuando sea económicamente neutral porque autosuficiente. Por lo tanto, se concluye afirmando que el paradigma del ciudadano de mercado goza de óptima salud y todavía caracteriza la concepción del individuo en el ordenamiento de la Unión europea.

1.- Introduction.

Does citizenship really matter? This is (still) the Question. It surely matters and this is the reassuring answer. However, of what citizenship are we speaking? For sure, if the focus is the European Union (EU), it is the market citizenship that seems to benefit from an enduring good health (WOLLENSCHLÄGER, 2011: 5). The answer, on the other hand, is less straightforward as regard the Union citizenship and national citizenships. They matter as well, but within the EU legal system, they seem to (effectively) count as long as they give access to the common market and related (economic) fundamental freedoms. However, it would be mistaken to believe that national citizenships are interchangeable as market access instruments. For Union citizens, as well as for third-country nationals (TCNs), the national citizenship possessed is relevant, since some Union citizens are "more equal than others"¹, and certain third-country nationalities are more valuable than others² (KOSTAKOPOULOU: 2014).

A second question cannot but arise. Who is the market citizen? We could say an economically active or self-sufficient individual who exercise its free movement rights in an EU member state (MS) (EVERSON, 1995:85). The more active is the individual, and the more its activity contributes to the achievement of the EU economic objectives, more and more secure rights it will get in order to move more and better, and to be more, in turn, economically active.

Eventually, instead of having a clear-cut "us" and "them" situation (ANDERSON: 2013: 29-32), the picture is far more complex than estimated. Market citizens are, in fact, far from being a homogeneous category. The combination among the type of activity they carry on within the EU territory and its economic value, with their national citizenship has consequences on the extension of rights to which they are entitled as

¹ The reference is to transitional arrangements directed to workers, nationals of newly accessed EU member states, which are liable to restrict the access to other EU member states' labour markets to a period up to seven years. These provisions have expired in January 2014 as regard Bulgarian and Romanian citizens, and are currently in force only as regard Croatian citizens. Cfr. art. 18, Decision of the Council of the European Union of 5 December 2011 on the admission of the Republic of Croatia to the European Union and annex V, art. 2.2 to13, OJ 2012 L112.

² E.g. Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons [...], OJ 2002 L 114, p. 6-72.

well as on the security of their status over time.

The plurality of typologies of statuses available to economically active individuals within the EU emerges at a glance from EU directives aiming at regulate legal migration of TCNs: a sectorial approach is, in fact, adopted on the basis of the type of economic activity pursued. However, the Union citizenship contains a plurality of internal statuses as well, despite its aspiration to be comprehensive³. Furthermore, these internal statuses can be distinguished by relying on the same elements that differentiate TCNs' statuses: the time of residence and the economic activity pursued or the self-sufficiency criterion⁴ (GIUBBONI, ORLANDINI, 2007: 36-37). But, if the lasting liveliness of the market citizen paradigm could be forecasted as regards TCNs legal migrants, the discourse changes and amazes more if referred to Union citizens. Actually, if those statuses resemble each other in their structure and in their reference model, what is the Union citizenship emancipatory effect all about?

Undoubtedly, the principal author of the (supposed) emancipation of the Union citizen has been the Court of Justice of the European Union (CJEU). The Court has enlarged the range of subjects safeguarded by EU laws in cases where they were not pursuing economic activities⁵, thus, when they did not perfectly fit into the definition of market citizen⁶. Nevertheless, we should be cautious in declaring the decease of the (Union) market citizen on this sole basis. A more carefully look at the related case-law reveals that the CJEU, *through* the Union citizenship, has stepped in and protected the individual *per se* in circumstances where, otherwise, it would go either to the detriment of the person to have exercised its rights as a Union citizen, or to possess that additional citizenship would have been irrelevant for the protection of its

³ Cfr (4) Directive of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States 2004/38/EC, OJ 2004 L 229.

⁴ The reference is to the right to move and reside conferred to Union citizens and to their family; the remaining rights attached to the EU citizenship, above all political rights, are not considered in the context of this article.

⁵ The 2004/38/EC Directive has been anticipated by the, so called, "90s Directives" providing free movement and related rights to a selected range of non-economically active citizens: Council Directive 90/364/EEC of 28 June 1990 on the right of residence, Council Directive 90/365/EEC of 28 June 1990 on the right of residence for employees and self-employed persons who have ceased their occupational activity and Council Directive 93/96/EEC of 29 October 1993 on the right of residence for students.

⁶ The leading case in this regard is CJEU, Case C-85/96, *Martínez Sala*, ECR [1998] I-02691.

fundamental rights⁷. And this, obviously, could not happen. Nevertheless, to consider this a general attitude rather than (just) an *extrema ratio* strategy would result in a *bite off more than one can chew* attitude.

Set aside the unquestionable (but limited) eroding effect that this case law has had on the market citizenship paradigm, what has emerged from the judgments is telling for two reasons. The first, it helps in corroborating the persisting centrality over time of the core element of the EU conception of citizenship and of the individual, i.e. movement. Secondly, it has showed what is the element that could, in turn, potentially challenge and reduce its relevance: fundamental rights' protection (SANCHEZ IGLESIAS: 2014).

Firstly, the article aims at proving the still liveliness of the market citizen paradigm through the analysis of the similarities among the statuses provided to TCN legal migrants and the Union citizenship. Therefore, EU directives composing part of the EU common immigration policy will be analysed alongside some among the more relevant CJEU judgments that have supposedly emancipated Union citizens from the market. The attempt is to display the indirect preference still accorded to market citizens regardless of the national citizenship possessed.

2.- Third-country national legal migrants' statuses and the Union citizenship.

The statuses that are provided to TCN legal migrants and the Union citizenship seem to refer to a unique model of economically active citizen. The similarities appear to be enough to single out a unique spectrum of statuses at the EU level for mobile individuals as such regardless of their being TCN or Union citizens. Accordingly, a reconstruction of the statuses' spectrum, going from TCN legal migrants' statuses to end with the Union citizenship, will be the subject of next paragraph. Since the commonality among them emerges clearly if we pay attention to the relevance that specific elements have for the exercise or extension of the rights attached to those statuses – free movement and equal treatment – these are the main points of the analysis.

⁷ E.g. CJEU, Case C-34/09, *Zambrano*, ECR [2011] I-01177.

In general, as for free movement rights, we note in relation to TCN legal migrants that the more the economic activity is estimated to be instrumental for the achievement of the common market objectives, easier is the exercise of the right. Moreover, negative consequences on rights that would require a certain length of residence within a MS to be acquired are mitigated.

For Union citizens, this right is at the core of the status. Furthermore, residence in a MS other than that of nationality is a precondition for the exercise of all the remaining rights⁸, and, as a general rule, the transnational element is essential to see EU laws applied. However, in the last decade, although just in selected cases, the, so-called, "purely internal situation" doctrine has been partially eroded (DE SOUSA, 2011:165). In fact, the CJEU has made the Union citizen a meaningful status also for (minor) Union citizens in order to safeguard the potential exercise of free movement rights. But, more relevantly, it has impeded this way the expulsion of Union citizens from the Union territory - a right which is, generally, an exclusive prerogative of national citizenships - and has granted to their TCNs family members the right to stay against what was, on the contrary, established by MSs' national migration laws⁹.

On the length of residence, we observe that within the discipline of TCN legal migrants' statuses and the Union citizenship, this element and the exercise of an economic activity is, at least formally, in an inverse proportional relation: with the increase of the former decreases, over time, the relevance of the latter. However, the importance attributed to the length of residence to acquire determined rights seems to be in contradiction with both the basis of the market citizen paradigm: to pursue of an economic activity and the exercise of free movement rights. On the contrary, this relation appears to refer more to the national conception of citizen - i.e. sedentary - rather than to the EU mobile individual. Precisely, the national conception identifies in the length of residence the sign, and a consequence, of a progressive integration in the

⁸ Cfr. art. 20, TFEU.

⁹ The reference is to the Zambrano line of cases: i.e. C-34/09, *Zambrano*; C-357/11 e C-356/11, *O., S. v. Maahanmuuttovirasto, e Maahanmuuttovirasto v. L*, 6 December 2012; C-40/11, *Yoshika- zu lida v. Stadt Ulm*, 8 November 2012; C-86/12, *Adzo Domenyo Alokpa, Jarel Moudoulou, Eja Moudoulou v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 10 October 2013.

MS and a demonstration of the will to permanently settle (JOPPKE, 2007:40)¹⁰.

The efforts of the EU to favour the TCN that is capable to best impersonate the market citizen emerge from the comparison, firstly, between the statuses attributed to different typologies of TCNs who are legal (economic) migrants. Therefore, the starting point of the spectrum cannot but be the most general and basic status that it is granted to single permit holders (SPd)¹¹.

The SPd provides a unique procedure to obtain a permit to work and reside in a EU MS and a common set of rights for legal migrants workers. The latter are provided to close the «rights gap» between TCN legal migrants and EU citizens, but are guaranteed only to those who are already residing in an EU MS, and who were admitted for work or other purposes, but in this last case are allowed to work¹². However, excluded the rights strictly linked with the work activity (e.g. working conditions, freedom of association and pension rights), equal treatment can be subjected to restrictions, in particular, on the basis of the TCN qualification. In fact, it is requested to the TCN to be currently employed, or to have been employed at least for six months in order not to see its social security rights limited. In other cases limitations are authorised on the basis of the student status or if the activity of education or training is linked or not with the work activity pursued¹³. Furthermore, no mobility rights are provided or rights to family members.

The connection between TCNs statuses provided by sectorial EU directives on legal migration are visible from the selective list of TCNs excluded from the SPd personal scope of application. If some categories, as posted, intra-corporate or seasonal workers are excluded for being only temporarily or not even part of the EU

¹⁰ See, specifically on the long-term resident status, *European Commission, Communication on immigration, integration and employment*, COM(2003) 336, Brussels 3.6.2003; Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, OJ L 16, 23.1.2004, p. 44–53.

¹¹ Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, OJ 2011 L 343.

¹² Cfr. Art. 12.1, 2011/98/EU Directive.2

¹³ Cfr. arts. 3.1, 12.2 and 3, directive 2011/98/EU.

labour market, others are excluded because of their enhanced status: for instance, legal migrants admitted for research or highly qualified employment as well as long-term permit holders¹⁴. Thus, a glimpse on these statuses is unavoidable.

The researchers' directive (Rd)¹⁵ provides for a specific procedure for the admission of TCNs to carry on a scientific research project for more than three months. In comparison with SP holders, the advancement awarded to TCNs holding this status is pretty visible and can be connected with the higher value of the activity carried on for the EU common market. Researchers benefit from a higher security of residence: the duration of their residence permit is issued for one year at least, and renewed if initial conditions are still met. Furthermore, on the renewal no space is left to MSs' discretion. At last, to the researcher's family members can be granted a residence permit as well for the same period¹⁶.

As regard equal treatment, the SPd and the Rd almost resemble each other. Nevertheless, the difference stays in the allowed restrictions: these, in fact, are not foreseen as regard tax benefits, access to goods and services, and social security¹⁷. At last, researchers are allowed to move to another MS in order to continue their research, thus they are granted mobility rights. They are required to fulfill the "typical" requirements when free movement rights were exercised if their stay is longer than three months: have sufficient resources, a sickness insurance and not to pose a threat to public order, security and health¹⁸.

The 'Blue Card' directive (BCd)¹⁹ provides special conditions for entry and residence of TCNs to pursue a highly qualified employment activity, in addition to mobility and family reunification rights. For this purpose, it derogates to the long-term residence directive (LTRd)²⁰, in order not to disadvantage BC holders in the process of

¹⁴ Cfr. art. 3.2, 2011/98/EU Directive.

¹⁵ Council Directive 2005/71/EC of 12 October 2005 on a specific procedure for admitting third-country nationals for the purposes of scientific research, OJ L289, 3.11.2005.

¹⁶ Arts. 8 and 9, 2005/71/EC Directive.

¹⁷ Art. 12.2, 2011/98/EU Directive and art. 12, 2005/71/EC Directive.

¹⁸ Art. 7.1, 2005/71/EC Directive.

¹⁹ Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment, OJ L 155, 18.6.2009, p. 17.

²⁰ See supra note 12.

acquisition of the status due to the exercise of mobility rights. Similarly it is done in relation to the family reunification directive²¹ to avoid its restrictive effects, in particular, as regards the right of residence, access to the labour market, mobility rights and the acquisition of the LTR status by family members²². Moreover, it is possible to restrict the access to labour market during the first two years of employment, in addition to the possibility of MSs to limit equal treatment in the access to goods and services, education and vocational training²³.

The intricate mixture between derogations in favour of TCNs and restrictions are striking if compared with the objectives of the directive, and ends to benefit more MSs labour policies and markets. This, eventually, weakens the status's security and its attractiveness. In this regard, it is significant the possibility for MSs to maintain parallel national systems for attract highly qualified migrants, despite these do not grant any mobility right within the EU²⁴.

At last, the LTRd regulates the more privileged status available to TCNs legal migrants within the EU in terms of security of residence, mobility rights and equal treatment. It aims at both stabilising the status of TCNs residing stably in a MS, and to recognise the value of a continuous and legal residence by approaching this status with the Union citizenship. This is a general status, to say that is not related with the exercise of a specific (economic) activity. However, despite that the fundamental precondition for its acquisition is a five-year continuous and legal residence, the TCN is further required to be if not economically active, at least, economically neutral²⁵.

It emerges from the analysis that the more the TCN migrant embodies the market citizen paradigm, fewer limitations are permitted to equal treatment rights granted, and its mobility rights are more extended. This correlation seems coherent with the importance attributed to persons' free movement as a basic element for the

²¹ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ 3.10.2003 L 251.

²² Arts. 15 and 16, 2009/50/EC Directive.

²³ Art. 12.1 and 14.2, cit.

²⁴ Art. 3.4, cit.

²⁵ The reference is to the further conditions required that are stable and regular resources and a sickness insurance. Cfr. art. 5.1, (a) and (b), 2003/109/EC Directive.

enhancement of EU integration and the common market. Nevertheless, when the length of residence of a TCN on a MS territory is enough to suppose that his/her residence is not temporary, a more stable and potentially permanent status is acquirable, i.e. the LTR status. Thus, residence is, in this circumstance, favoured towards mobility.

At the end of the statuses' spectrum we find the Union citizenship. This serves as term of comparison for all the others statuses seen above. For obvious reasons, this is the status that grants the higher level of protection against expulsion and the wider extension of equal treatment rights. Mobility rights, security of residence, equal treatment and family members' rights are, thus, the basics of the 2004/38/EC Directive²⁶. However, despite its aspiration to be a comprehensive status by remedying to the "sector-by-sector, piecemeal approach to the right of free movement and residence" and to facilitate its exercise, internal statuses are present and rely on the economic relevance of the activity pursued by the Union citizen and on the length of its residence. Therefore, to each status, as above for TCNs, corresponds a different degree of security of residence and extension of equal treatment rights. In fact, the directive, *de facto*, grants to economically active EU citizens a privileged treatment, i.e. to workers and their family members the recognition of higher security of residence is eased and anticipated²⁷.

3.- The no-revolution of the CJEU case law on the Union citizenship.

The analysis of EU directives leaves little room for doubts on the enduring liveliness of the market citizen paradigm when free movement rights and equal treatment are considered within the EU legal order. If this lasting characteristic emerges from the statuses granted to TCN legal migrants and partially from the Union citizenship, another fundamental contradiction arises from the comparison between the latter and the LTR status. This is the attempt of EU Directives to hold together two opposite ideas of the perfect citizen: at the one side, there is the sedentary national

²⁶ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely in the territory of the Member States, OJ 30.4.2004, L 158.

²⁷ Cfr. arts. 7.1 (a), 14.4 (a), 17 and 24.2, 2004/38/EC Directive.

citizen. For this model the length of residence represents the will to permanently settle in a MS and justifies the grant of a higher protection against expulsion and more extended equal treatment rights as time passes. At the other side, there is the market citizen: an economically active individual for which free movement rights are essential in order to benefit the most from the common market advantages.

The apparently self-evident dichotomy but, in reality, contradictory coexistence between opposite models of citizen has been questioned by a series of CJEU judgments. Starting from the second half of the nineties, those decisions have paved the way for the protection, *through* the Union citizen status, of EU citizens that did not perfectly fit into the definition of Union (market) citizen: because they were not economically active (BESSON, UTZINGER 2008: 185) or, in the most recent cases, because they had not moved yet.

Firstly, protection has been granted from the negative consequence deriving from the exercise of free movement rights. The beneficiaries were potential market citizens who are not economically active today but are likely to be economically active tomorrow (BORGMAN-PREBIL, 2008: 332-334) as students and job seekers²⁸. Secondly, the exercise of free movement rights was protected *pro futuro*, by granting the fundamental pre-requisite: the presence of the Union citizen on the EU territory. Thus, its expulsion from the MS of residence and the EU territory as a whole has been impeded as well as that of its TCN family members (BESSON, UTZINGER, 2008: 192; KOCHENOV, 2014)²⁹. The Court has, thus, identified a set of (potential and disproportionate) consequences originated from MSs' decisions towards an EU citizen which cannot but be avoided, because if not, Union citizenship would become meaningless.

This line of cases has served as basis for scholars to proclaim the departure of the Union citizenship from its market connotation, and to announce its approach

²⁸ CJEU Case C-85/96, *Martínez Sala* [1998] ECR I-02691; C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR-I 6193 [31]; Case C-413/99, *Baumbast* [2002] ECR I-7091 [82]; Case C-200/02 *Chen* [2004] ECR I-09925.

²⁹ Case C-34/09 *Zambrano* [2011] ECR I-01177; See, as cases confirming the *extrema ratio* thesis, case C-434/09 *McCarthy* [2011] ECR I-03375; Case C-256/11 *Dereci* [2011] ECR I-11315; Case C- 40/11, *Iida* [2012] unreported; Cases C-356/11 and C-357/11 *O. and S* [2012] unreported; Case C-86/12, *Aloka* [2013] unreported.

towards the national citizen model, how if this was the only possible model to aspire to (SHUIBHNE, 2010: 1602). Supports this view the circumstance that on the basis of Union citizenship has been granted a right that was considered to be a cornerstones of national citizenships only: i.e. the security of residence, or differently said, protection against expulsion.

However, in support of a less enthusiastic view, it is worth to highlight that the CJEU has stepped in when no other means of protection was available³⁰ to avoid disproportionate consequences by exceptionally extending the reach of the Union citizenship. Furthermore, more than have led to a change of paradigm, the Court has created a Union citizenship tailored proportionality test³¹: i.e. it is for national judges to evaluate if, on the basis of the cases' circumstances, the consequences will be really liable to "deprive citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union"³². In fact, if it is not anymore the market citizen the subject of the protection granted what has survived and is ultimately protected it is its foundation: movement.

4.- Conclusions.

This article has aimed to show, through a brief analysis of some of the relevant features of the statuses attributed to individuals by EU directives on TCN legal migration and by the 2004/38/EC directive that the market citizen is still alive and in a good health³³ (THYM: 2014).

This affirmation remains true even when considering the set of CJEU cases which, on the contrary, had seemed to emancipate the individual from the necessity to fit into the market paradigm in order to benefit from the rights conferred to mobile individuals. However, those judgments seem, really, to be more a fruit of a circumscribed use of the Union citizenship as an *extrema ratio* safeguard in cases in which national migration laws have failed in protecting individuals exercising, or that

³⁰ It is relevant to underline that in both Zambrano and Rottmann cases the EU secondary law was not applicable.

³¹ Cfr. Case C-135/08, *Rottmann*, cit., [55-57].

³² Cfr. Case C-34/09, *Ruiz Zambrano*, cit., [42]; Case C-86/12, *Alokpa*, cit., [33].

³³ Cfr. Case C-333/13, *Dano*, [2014], unreported.

were willing to exercise, their rights as EU citizens, primarily free movement rights.

References.

ANDERSON, BRIDGET (2013). *Us and Them? The dangerous politics of Immigration control*. Oxford: OUP.

BAUBÖCK, Rainer (2005). "Civic citizenship: a new concept for a New Europe". In SÜSSMUTH, WIDENFELD, *Managing integration: the European Union's responsibilities towards migrants*. Gütersloh, Germany: Bertelsmann Stiftung, Migration Policy Institute.

BESSON, Samantha, UTZINGER, André (2008). "Toward European Citizenship", *Journal of Social Philosophy*. n. 39, p. 185-208.

BORGMAN-PREBIL, Yuri. (2008). "The Rule of Reason in European Citizenship". *European Law Review* n. 14, p. 328-350.

de Sousa Caro Pedro (2011). "Catch Me If You Can? The Market Freedoms' Ever-expanding Outer Limits", *European Journal of Legal Studies*, n. 22, p. 162-191.

EVERSON, Michelle (1995). "The legacy of the market citizen". In Shaw, More. *New legal dynamics of European Union*. Oxford: Oxford University Press.

GIUBBONI, Stefano, ORLANDINI, Giovanni (2007). *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.

JOPPKE, Christian (2007). "Transformation of citizenship: Status, Rights, Identity". *Citizenship Studies*, n. 11, p. 37-48.

KOCHENOV, Dimitri (2015). "Transfiguring European Citizenship: From Member State Territory to Union Territory". In D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

KOSTAKOPOULOU, Dora (2014). "When EU Citizens become Foreigners". *European Law Journal*, n. 20, p. 447-463.

SANCHEZ IGLESIAS, Sara (2014). "Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a

Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?”. *European Law Journal*, n. 20, p. 464-481.

SHUIBHNE NIAHM NIC (2010). "The Resilience of EU Market Citizenship". *Common Market Law Review*, no. 6, p. 1597-628.

THYM, Daniel (2014). *EU Free Movement as a Legal Construction – not as Social Imagination*, available at <http://eutopialaw.com/2014/11/13/eu-free-movement-as-a-legal-construction-not-as-social-imagination/>.

WOLLENSHLÄGER, Ferdinand (2011). "A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Union". *European Law Journal*, n. 17, p. 1-34.

CITTADINI, A QUALE COSTO? IL RAPPORTO TRA LE FORME DI *INVESTOR-CITIZENSHIP* E L'ASSETTO DEMOCRATICO EUROPEO.

Claudio Di Maio

*Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Europeo e Comparato
Università della Calabria.*

Sommario:

- 1.- Introduzione.
- 2.- Cittadinanza, residenza e legami: alcuni aspetti teorici e interpretativi.
- 3.- Le forme di Investor Citizenship: non solo residenza, non solo cittadinanza.
- 4.- Considerazioni conclusive.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

CITTADINI, A QUALE COSTO? IL RAPPORTO TRA LE FORME DI *INVESTOR-CITIZENSHIP* E L'ASSETTO DEMOCRATICO EUROPEO.

I mutamenti del contesto economico-finanziario attuale e la variabile rappresentata dai flussi migratori interni, hanno posto in rilievo il ruolo della cittadinanza europea, quale tema centrale dell'integrazione tra gli Stati membri. Nonostante la sua consolidata formula accessoria, come corredo allo *status civitatis* di stampo nazionale, tale istituto ha contribuito a rafforzare un dibattito circa l'incidenza sempre più rilevante di talune libertà ad esso connesse (es. la libera circolazione, la sicurezza sociale e il mercato del lavoro). A tal proposito, alcuni ordinamenti europei hanno rivisto le proprie legislazioni modificando, in senso estensivo, il trattamento riservato ai cittadini stranieri. In questa potenziale dialettica tra "cittadinanze" (europea e nazionale), in un momento in cui i bilanci statali soffrono di carenze strutturali, tali Stati hanno scelto di coniugare il fabbisogno di investimenti dall'estero con i diritti di cittadinanza nazionale. Da qui, l'elaborazione di un *Investor-Citizenship Scheme* destinato ad influenzare l'intero panorama del Vecchio Continente. Partendo da queste premesse, il lavoro si occupa di analizzare gli aspetti teorici e legislativi del fenomeno, in alcuni importanti ordinamenti europei. Si propone, altresì, di sondare l'impatto che può generare l'adozione di tali misure nel delicato ambito della cittadinanza dell'UE e, in particolare, sul contenuto originario dei diritti e la peculiare natura assimilatrice. Con l'ausilio della dottrina giuridica e della giurisprudenza delle Corti europee, il lavoro affronta il potenziale cambio di relazione tra l'identità nazionale dei Paesi membri e la cittadinanza dell'Unione, considerando le probabili ricadute di questa "monetizzazione" dei diritti sull'assetto democratico europeo.

Resumen en español

CIUDADANOS, ¿A QUÉ COSTE? LA RELACIÓN ENTRE LAS FORMAS DE *INVESTOR CITIZENSHIP* Y EL ORDEN DEMOCRÁTICO EUROPEO.

Los cambios en el contexto económico y financiero actual, junto a la incidencia de los flujos migratorios internos, han puesto de relieve la función de la ciudadanía europea como cuestión central del proceso de integración entre los Estados miembros. A pesar de su carácter accesorio, como corolario de los derechos de origen nacional, esta institución ha promovido un debate sobre el sentido, cada vez más relevante, de ciertas libertades (ej. libre circulación, seguridad social y mercado del trabajo). En este sentido, algunos países europeos han decidido revisar sus leyes extendiendo la titularidad de distintos derechos a los extranjeros. Aprovechando la potencial dialéctica entre "ciudadanías" (nacional y europea), en una época en que los presupuestos estatales sufren por debilidades estructurales, algunos

Estados –y este es el aspecto central del trabajo– han combinado la necesidad de inversiones extranjeras con los derechos de ciudadanía. Por este motivo, cada uno de estos ordenamientos ha elaborado un *Investor-Citizenship Scheme* capaz de influenciar todo el panorama legislativo del Viejo Continente. Con estas premisas, este trabajo se ocupa de analizar el fenómeno desde el punto de vista teórico y jurídico en los Estados europeos más relevantes. Se propone también examinar el impacto que genera la adopción de estas medidas en el delicado ámbito de la ciudadanía europea, respeto al contenido esencial de los derechos y a la capacidad de perseguir la integración. Gracias a la doctrina jurídica y la jurisprudencia de los Tribunales europeos, se investigará el cambio de relación entre la identidad nacional de los Estados miembros y la mencionada ciudadanía de la UE, teniendo en cuenta los posibles resultados de esta "monetización" de los derechos en el orden democrático europeo.

Abstract in English

CITIZENS, AT WHAT COST? THE RELATIONSHIP BETWEEN *INVESTOR-CITIZENSHIP* SCHEMES AND THE EUROPEAN DEMOCRATIC ORDER.

Recent changes in the economic and financial situation together with the influence of internal migratory flows have revealed the importance of European citizenship as a key element in the integration process. Despite its accessory nature as a corollary of national liberties, the European citizenship has given rise to a debate on the ever-growing meaning of certain freedoms (free movement, social security and labour market). In this respect, some European countries have undertaken to revise their laws in order to extend certain rights to aliens. In a time of structural budgetary weakness, some States have tried to exploit the potential dialog between both 'citizenships' (national and European) and thus combined the need for foreign investment with rights linked to national citizenship. For this reason, each of these legal systems have designed an 'Investor-Citizenship Scheme' that can influence the whole regulatory framework in the European continent. With such premises, this paper seeks to examine the aforementioned phenomenon from both a theoretical and a legal point of view, taking into account some of the most significant national contexts. Moreover, the paper analyses the impact of these measures on European citizenship, on core-elements of fundamental rights and on the ability to achieve integration. Considering both jurisprudence and European Courts' doctrine, also changes in the relationship between national identity and European citizenship will be described, in order to clearly set out possible outcomes of the "monetization" of rights in the European democratic order.

1.- Introduzione

La cittadinanza costituisce uno degli elementi più intimi della sovranità statale. Nasce come un istituto formale ma si sviluppa attraverso l'assimilazione degli interessi di un determinato gruppo di individui, ai quali corrispondono specifici doveri e libertà. Questa visione della cittadinanza, "come contenitore di una serie tendenzialmente aperta di diritti soggettivi" (ZOLO, 2006) ha reso possibile che tutti i componenti di un gruppo sociale organizzato rafforzassero la loro percezione di appartenenza, contribuendo alla formazione di una identità condivisa. Semplicemente, "la cittadinanza esprime sia uno status politico-giuridico, sia il vincolo per cui si è parte di una qualche comunità" (BACCELLI, 1994: 130).

La cittadinanza dell'Unione europea, al contrario, si è sviluppata su binari totalmente differenti. Benché questo istituto tenda a sintetizzare e rendere visibile un ideale di *demos* europeo, le sue radici non risiedono in una sola nazione, né in una qualche comunanza etnico-linguistica, tantomeno in quei diritti che provengono da condivise rivendicazioni storiche. La cittadinanza europea è frutto di un accordo tra gli Stati (allora) membri, che sostennero la necessità di creare un istituto *ad hoc*, strumentale alla realizzazione di un mercato unico, al quale si aggiungeva il primario diritto di libera circolazione e di residenza. In effetti, la cittadinanza "ratificata" a Maastricht era perlopiù orientata al superamento di quella visione *schmittiana* dello straniero, almeno nei suoi aspetti più dichiarativi. Pertanto, questo istituto, che "si aggiunge ma non sostituisce la cittadinanza nazionale" (art. 20 TFUE), continua ad essere la forma più evidente di un *corpus* peculiare di diritti, a prescindere dalla loro obiettiva e spesso diseguale esecuzione nei singoli ordinamenti. Si è consolidata, quindi, una prevedibile e poco sopita dialettica tra "cittadinanze" (quella nazionale e quella europea) accresciuta dalle evidenti modifiche che negli ultimi vent'anni si sono perpetrate all'interno delle distinte realtà giuridiche. Ciò che ha influenzato maggiormente questi cambiamenti è stata la pressione competitiva che caratterizza, ancora oggi, lo scenario economico europeo, per cui gli Stati bramano l'intervento di investitori che possano contribuire al risanamento del proprio mercato interno.

Tra questi, vi sono alcuni Paesi che hanno deciso di adottare una *Investor rule*, riconoscendo i diritti di cittadinanza in cambio di un apprezzabile investimento. Se, per certi

versi, questo *status* “è una relazione di reciprocità” (HELD, 1991: 20), pur nei limiti della propria sovranità, fino a che punto uno Stato membro dell’Unione europea, firmatario di specifici trattati istitutivi, può decidere i criteri che consentono l’acquisto della cittadinanza?

2.- Cittadinanza, residenza e legami: alcuni aspetti teorici e interpretativi

L’essere cittadino comporta la condivisione di due dimensioni. La prima, di natura prettamente politica, rappresenta probabilmente la parte più concreta dell’istituto poiché si concretizza con la volontà e la partecipazione al voto. Questa dimensione mette in stretto rapporto l’individuo con lo Stato (sia esso di provenienza o di residenza) poiché veicola l’accettazione di determinati valori e favorisce l’identificazione con la comunità di riferimento. A tal proposito, è opportuno sostenere che “la causa di legittimazione dei diritti politici non si ritrova in un dato - a mio avviso, solamente - formale, ma in un dato sostanziale che è ad esso presupposto” (GROSSO, 2001: 29). Questo è il motivo per cui sarebbe consentito, laddove non costituzionalmente garantito, di estendere i diritti di partecipazione ad altri soggetti che, pur non avendo la nazionalità dello Stato (elemento formale), risiedono stabilmente nel territorio (elemento sostanziale). In effetti, questo è quanto avvenuto con la cittadinanza dell’Ue, allorquando “l’appartenenza ad un territorio, ad una comunità e ad una cultura definita da confini nazionali viene per la prima volta riferita ad un’entità di tipo sovranazionale, con la progressiva separazione dei concetti di nazionalità e cittadinanza” (TRIGGIANI, 2010: 138).

La seconda dimensione è puramente normativa ed è collegata alla precedente. Coloro che sono *nativi* di uno specifico ordinamento accedono ai suddetti diritti di partecipazione politica in virtù di altrettanti doveri di cittadinanza (es. domicilio, capacità tributaria, obblighi di leva, etc.); i restanti soggetti hanno l’obbligo giuridico di ottemperare a specifiche condizioni tali da consentire allo Stato di sondare l’effettiva inclusione dell’individuo all’interno del territorio. Quest’ultima si ricerca attraverso la condivisione delle norme socio-giuridiche (es. test di integrazione), la corretta conduzione morale (es. esenzione da condanne) e la stabilità finanziaria (es. risorse proprie sufficienti). Ciò vale per qualsiasi straniero che decide liberamente di stabilirsi sul territorio di un Paese europeo, come sancito dalla Direttiva 2004/38/CE.

All'interno di questa dimensione normativa, che si realizza attraverso le differenti leggi nazionali sulla cittadinanza, esiste una prerogativa assolutamente interna tale da consentire che l'istituto possa essere conferito ad una persona distintasi per "grandi atti di servizio alla comunità" (SPIRO, 2007: 34). La cd. *naturalizzazione* oggi ha assunto caratteristiche sempre più flessibili, rafforzando il delicato ambito della discrezionalità amministrativa. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'art. 9 della Legge 91/1992 stabilisce le modalità con cui il Presidente della Repubblica ha il potere di concedere (non riconoscere) la cittadinanza a coloro che, stante i requisiti minimi richiesti, possiedono una posizione giuridica per cui sia possibile abbreviare il naturale percorso di integrazione. I cittadini europei, ad esempio, dovranno dimostrare di aver soggiornato quattro anni, non essendo esenti dal chiarire la loro regolare posizione rispetto agli altri dettami di legge (art. 9 bis).

Dunque, ogni Stato stabilisce le modalità di acquisto e perdita della cittadinanza secondo la sua legittima competenza (si ricordi la cd. *clausola Micheletti* nella causa C-369/90 e l'art. 3.1 della Convenzione europea sulla nazionalità) ma, in un certo senso, è tenuto a rispettare e non limitare l'effetto utile delle norme europee che agiscono, come qualcuno afferma, anche a "tutela dei principi internazionali" (BALLARINO, 2007: 110). Per altri versi, la cittadinanza europea si configura come un istituto accessorio e foriero di specifici diritti, che rende l'individuo "membro di due comunità politiche", il cui regime identitario "viene posto sul piano della effettiva localizzazione della persona nell'Unione" (PARISI, 2013). È proprio all'interno di questo contesto dicotomico che alcuni ordinamenti hanno deciso di favorire l'ingresso (non sempre con residenza stabile) di stranieri investitori. Sulla scorta di un loro previo impegno, essi hanno la possibilità di accedere a permessi di lunga durata o, in taluni casi, alla cittadinanza *pleno jure*.

Con questa azione, lo Stato sembra rifarsi a quella fortunata commistione tra la cd. "teoria del voto con i piedi" (TIEBOUT, 1956) e la più nota "teoria dei clubs" (BUCHANAN, 1965): la prima afferma che un cittadino può scegliere di risiedere laddove ritiene che il suo reddito venga meglio utilizzato rispetto ai suoi interessi; la seconda riguarda la capacità giurisdizionale con cui una comunità si organizza, seguendo la logica dei costi-benefici, per cui l'inclusione di un nuovo membro potrà rendersi necessaria al fine di ridurre il peso che ognuno dei consociati deve sostenere. La dimensione ottimale di questo "club", secondo

FREY, è data dalla perfetta coincidenza tra i soggetti finanziatori, i fruitori dei servizi pubblici e la giurisdizione politica entro cui tali beni esplicano i propri benefici (2000: 6). Seguendo questa impostazione, sembrerebbe perfino implicita la ricerca di nuovi *business citizens* da parte dello Stato. Eppure, come ci ricorda WALZER, questo atteggiamento porta ad aumentare il livello di discrezionalità dei pubblici poteri, correndo il rischio di violare il confine della cosiddetta “sfera del denaro” (1983: 100), agendo “come imprese piuttosto che come comunità politiche” (CARENS, 1987: 269).

D’altro canto, i metodi di attribuzione dell’istituto di stampo europeo non hanno mai subito modifiche concrete, nonostante il lungo processo di riforma dei Trattati istitutivi. In tal senso, sarebbe opportuno parlare di una “cittadinanza senza nazionalità” (Rossi, 2006: 116), poiché “non implica l’esistenza di un popolo europeo” (CAUSA C-135/08, p. 23) bensì di un corpo politico che “si modella sulla base delle diverse sensibilità dei singoli Stati membri” (DIEZ PICAZO, 2003). Per ciò che attiene l’attribuzione, infine, la Corte di Giustizia ha specificato quanto sia irrilevante che i soggetti risiedano o mantengano un proprio domicilio all’interno dell’ambito di applicazione dei Trattati europei (Causa C-300/04, p. 27). A tal proposito, è bene ricordare che “spetta alla Corte pronunciarsi sulle questioni [...] che riguardano i presupposti in presenza dei quali un cittadino dell’Unione può vedersi privato di tale qualità” (CAUSA C-135/08, p. 46).

Considerati questi limiti, quale natura può assumere quel “nesso di diritto pubblico” (CONCLUSIONI C-135/08, p. 17) che unisce un individuo ad un determinato Stato? Nonostante l’influenza giuridica europea e le pressioni socio-economiche, qualcosa evidentemente sta cambiando circa il modo di intendere quel “rapporto giuridico avente alla base un fatto sociale di collegamento, una solidarietà effettiva di esistenza, di interessi e di sentimenti unita a una reciprocità di diritti e doveri” (CAUSA NOTTEBOHM, p. 23).

3.- Le forme di Investor Citizenship: non solo residenza, non solo cittadinanza

Negli ultimi mesi del 2013, il governo di Malta ha annunciato la creazione di un Programma per gli investimenti (IIP) al fine di attrarre qualunque soggetto fosse interessato a realizzare un impegno economico, più o meno duraturo, nel sistema-Paese. Dentro i contorni di una manovra socio-economica, la legge utilizza ben altri mezzi: la

previsione di una *fast-track naturalization* ai titolari dell'investimento con la possibilità di includere i familiari diretti e i minori a carico. Al di là delle soglie di spesa enunciate nel primo disegno di legge, questa misura comportava un'ampia discrezionalità da parte del Ministero degli interni nel concedere il titolo di soggiorno e una evidente scarsità di precondizioni per i potenziali richiedenti. Le autorità maltesi hanno successivamente deciso di esternalizzare la gestione amministrativa del procedimento, affidando l'incarico ad una agenzia privata. Il Parlamento europeo ha risposto con preoccupazione a questi eventi, avvertendo indirettamente la Commissione che "queste forme di ottenimento della cittadinanza maltese, [...] compromettono il concetto stesso di cittadinanza europea" (RISOLUZIONE 2013/2995, p. 1) fornendo, così, una base su cui iniziare i negoziati tra l'organo centrale europeo e il governo de La Valletta. Da qui, l'ultima modifica alla L.N. 47/2014 che introduce, tra le poche novità, una vaga e discrezionale prova di residenza che conferisce l'accesso alla naturalizzazione.

Eppure, quella maltese non è l'unica forma di "*ius pecuniae*" (STERN, 2011: 55) in vigore negli ordinamenti europei. Peraltro, è intenzione di chi scrive sostenere che le cd. formule di *premium residence*, basate anch'esse sulla contropartita tra un investimento e una posizione giuridica soggettiva, sono assolutamente assimilabili al settore della cittadinanza poiché fondati sui medesimi prerequisiti e corredati di un gran numero di diritti che non si discostano molto dallo *status civitatis*. Si prenda come esempio quanto previsto dalla legislazione italiana con il Permesso di soggiorno per *residenza elettiva*, che consente "l'ingresso in Italia, ai fini del soggiorno, allo straniero che intenda stabilirsi nel nostro Paese e sia in grado di mantenersi autonomamente, senza esercitare alcuna attività lavorativa" (D.M. 850/2011, all. A, art. 13). Accanto a questo disposto, il programma italiano *Startup Visa* (D.M. del 21 febbraio 2013) è certamente anch'esso degno di nota, specie se si considerano i risultati più prossimi al beneficiario. Tuttavia, l'atteggiamento del legislatore italiano è stato più vago rispetto ad altre esperienze limitrofe ma pur sempre orientate a questi obiettivi.

Il *Cypriot Scheme for Naturalization of Investors*, ad esempio, si muove su basi giuridiche assai simili a quelle maltesi. Adottato dal Consiglio dei Ministri nel maggio del 2013, prevede una forma accelerata di naturalizzazione con l'investimento in beni industriali,

donazioni allo Stato o acquisto di parti immobiliari ma, rispetto ai precedenti, non contempla alcuna necessità di residenza effettiva nel territorio. Con riferimento, quindi, all'esempio maltese o a quello italiano, scompare totalmente l'aspetto territoriale quale presupposto inderogabile per ottenere la cittadinanza.

In tal senso, è assai peculiare quanto stabilito dal *Foreigners in the Republic of Bulgaria Act*, che concede un titolo di residenza a tutti coloro che partecipano ad un programma di investimento e consente, altresì, di acquisire la nazionalità bulgara senza dover ottemperare ad alcun criterio socio-culturale (es. conoscenza della lingua), potendo mantenere persino la cittadinanza di provenienza. A ciò si aggiunge che, in questi casi particolari, diventa irrilevante la permanenza quinquennale richiesta per tutti gli altri soggetti, così come stabilito dall'art. 12.2 del *Bulgarian Citizen Act*. Già dalle discussioni parlamentari sulla riforma del testo legislativo, era emersa l'equiparazione tra la garanzia offerta dalla residenza permanente e il legame rappresentato dall'impiego di capitale in un programma di investimento nazionale, ritenuto sufficiente a considerare un soggetto straniero integrato e, quindi, cittadino. Quanto detto è stabilito dall'art. 16, in combinato disposto con l'art. 14 della legge bulgara sulla cittadinanza.

Di tutt'altro tenore legislativo, invece, quanto previsto dall'ordinamento austriaco. Benché sia stato utilizzato come modello dai legislatori di altri Paesi europei, ciò che viene stabilito dall'art. 10.6 dell'*Austrian Nationality Act* non sembra far riferimento in modo esplicito ad una cittadinanza di investimento. Si prevede la possibilità di non applicare quanto sancito dall'art. 1 della stessa legge, qualora la concessione della nazionalità "is in the particular interests of the Republic by reason of the alien's actual or expected outstanding achievements". Di fatto, un altro dato che può essere messo in risalto attraverso la comparazione, è l'evidente discrezionalità che risiede nell'amministrazione austriaca; la naturalizzazione, come abbiamo già argomentato, spesso si caratterizza per la sua maggiore flessibilità nel giudizio. Tuttavia ci troviamo dinanzi ad una formula che potrebbe tendere alla cittadinanza di investimento ma, *de facto*, non esclude altre posizioni fondanti lo *status civitatis*. Sebbene il comma 6 dell'art. 10, peculiare perché di rango costituzionale, non consenta molte interpretazioni, nel disposto legislativo non troviamo alcun riferimento

esplicito alla pratica di donazione economica nei confronti dello Stato che, al contrario, si riscontra nel modello maltese e cipriota.

In questo discorso, non si può prescindere dall'analizzare il caso dell'Irlanda. Va detto, *in primis*, che la legislazione sulla cittadinanza in questo Paese è stata oggetto di molte revisioni, alcune accompagnate anche da forti dibattiti. Vi è ampio accordo in dottrina circa il fatto che le prime norme a riguardo siano state “varate all'ombra dell'eredità britannica e, in particolare, risentono delle istanze dell'Irlanda del Nord e degli alti tassi di emigrazione” (HONOHAN, 2012). Vista in questi termini, potrebbe persino comprendersi l'iniziale centralità dello *ius soli* e “la marginalità dello *ius sanguinis* in materia di acquisto della cittadinanza”, oggi sostituita con un sostanziale bilanciamento (SOVARINO, 2008: 4). Già dal 1989, l'ordinamento elaborava una forma assai primordiale di naturalizzazione per investimento che, tuttavia, fu ristretta nel 1998. Si trattava di una *Investor-based-citizenship* conferita con ampia discrezionalità dal Ministero della giustizia. Il vincolo soggettivo con lo Stato si rinviava alla sottoscrizione di uno *Statement of Intent* da parte del richiedente che, in ogni caso, doveva dimostrare un soggiorno previo per “un ragionevole lasso di tempo” (art. 15(c) *Irish Nationality and Citizenship Act*). Rispetto all'impegno economico, la legge faceva riferimento ad un “investimento rilevante” senza prevedere alcuna cifra minima e puntando, con mezzi assai criticabili, sulla buona fede del richiedente nello scegliere l'Irlanda come residenza abituale anche dopo la naturalizzazione. Le modifiche intervenute nel 2004, che emendarono diversi punti della legge, da un lato innalzarono la soglia minima da investire, dall'altro lato introdussero “criteri per garantire benefici economici per l'Irlanda, semplificando il requisito di residenza [...] nel Paese” (CARRERA, 2014: 12). Così come nel caso austriaco, anche in Irlanda i disposti normativi vigenti non propendono forzatamente verso una *fast-track citizenship*. In ogni caso, si mantiene una certa connessione tra il soggetto ed il territorio che, a nostro avviso, legittima maggiormente qualsiasi forma di naturalizzazione.

A tal proposito, è interessante includere in questa disamina anche l'atteggiamento utilizzato da alcuni ordinamenti europei riguardo alla cd. *premium residence*. Si tratta di veri e propri programmi di investimento, caratterizzati quasi sempre dal vincolo di donazione allo

Stato o dall'acquisto di beni sul territorio, che danno luogo al conferimento di titoli di residenza temporanea o permanente. Il concetto di "investimento" può variare a seconda delle previsioni. Tuttavia, il denominatore comune si riscontra nella soglia di impegno economico richiesta, spesso relativamente bassa. Tra i diversi testi normativi, risulta molto interessante quanto previsto dall'ordinamento spagnolo con la *Ley n. 14/2013* sugli aiuti all'impresa e all'internazionalizzazione. Nonostante la prima parte sia dedicata a misure di carattere economico e tributario, il secondo capitolo della legge stabilisce criteri e facilitazioni per coloro che realizzano un autonomo impegno di spesa da destinare a diversi ambiti, incluso la ricerca scientifica. In particolare, si richiede un impegno economico qualificante che può tradursi anche nell'acquisizione di risorse immobiliari, di titoli di debito pubblico o di attività che creino risorse occupazionali o considerati di interesse nazionale (art. 63). Il soggetto non deve necessariamente essere iscritto all'anagrafe tributaria spagnola e, al contrario di ciò che viene richiesto per gli altri titoli di residenza, questo permesso di soggiorno viene già considerato come titolo abilitante, senza che il richiedente possieda la Carta di identità per stranieri (T.I.E.); infine, per poter essere titolare di questo beneficio, si dovrà dimostrare di aver viaggiato in Spagna almeno una volta durante il periodo di durata del permesso, che equivale a due anni. Anche in questo caso, sebbene si tratti di un disposto differente, ci troviamo dinanzi ad una chiara attuazione discrezionale da parte dello Stato (es. qualificazione dell'interesse economico), corredata da scarsi requisiti e vaghi obblighi di residenza stabile nel territorio. Peraltro, la semplice realizzazione di un viaggio occasionale è elevata a prova di effettività e sarà esaminata insieme agli altri criteri.

Questi esempi sembrano complicare i termini del discorso ma, in realtà, ci aiutano a comprendere come l'evolversi degli ordinamenti nazionali e l'allargamento europeo ad altre esperienze costituzionali siano in grado di accelerare una metamorfosi sul piano sostanziale del concetto di cittadinanza. Appare quantomai rinnovato lo stesso significato di "comunità", che non coincide solamente con la popolazione dello Stato ma si articola attraverso "affiliazioni plurali", allontanando quell'antica "superiorità morale" ai confini nazionali. (DI MARTINO, 2010: 386). La dottrina è stata sempre concorde nell'affermare che "la mutevolezza della categoria della cittadinanza [...] è data dal fatto che è tramite

quest'espressione che si tende a richiamare il rapporto giuridico fondamentale che lega l'individuo [...] sia all'ordine politico, sia all'ordine sociale" (AZZARITI, 2011: 1). Alla luce di quanto detto finora, quali ripercussioni dobbiamo immaginare in un assetto democratico europeo che stenta ad affermarsi? Esiste il rischio che una "marketable commodity" (BAUBÖCK, 2014: 5) possa alterare la natura di uno status giuridico?

4.- Considerazioni conclusive

La maggiore difficoltà nell'affrontare queste tematiche non è carpire i giusti termini che possano descrivere il concetto di cittadinanza bensì delinearne i limiti. Nella sovente relazione tra l'ambito sovranazionale e gli ordinamenti interni, comincia ad avanzare l'ennesima criticità interpretativa. Il quesito più urgente non riguarda il rinnovato intervento degli Stati in ambiti strettamente legati alla loro sovranità ma invade una zona ben più delicata della discussione giuridica: gode ancora della giusta influenza la cittadinanza dell'Unione europea?

Sin dalla sua nascita, questo istituto è stato apprezzato non solo per la sua novità, che è di indubbia importanza, bensì per "l'istituzionalizzazione del suo statuto [...] e l'enunciato dei diritti che lo caratterizzano" (LIÑAN NOGUERAS, 2013: 359). Perciò, si è perseguita una strada ambiziosa nel dotare questo nuovo concetto di uno spazio giuridico autonomo, ribadito dall'articolo 20 al 25 del TFUE. Ciò ha garantito, da un lato, la lenta e spesso tortuosa affermazione delle libertà accessorie dell'*homo europeus* ma, dall'altro, non ha ancora ottenuto il risultato più ambizioso: avvicinare i diversi sistemi giuridici e le conseguenti normative nazionali sulla cittadinanza. Per questo motivo, specialmente dopo le nette affermazioni contenute nella *sentenza Rottmann*, è logico dover discutere all'interno di uno scenario che ci offre sfumature inaspettate, spesso non esattamente in linea con quel principio democratico che dovrebbe far parte di quelle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati membri. L'evoluzione dello *status* di cittadino europeo non è stata e non sarà semplice, specie perché possiede al suo interno tanti elementi che creano viscosità: tra tutti, vi è proprio il vincolo di nazionalità che rende sempre più difficoltoso il dialogo con le leggi nazionali. La cittadinanza europea si aggiunge ma non sempre combacia con le logiche

ispiratrici delle riforme attuali. Questo è il motivo per cui oggi assistiamo ad uno sviluppo impari di queste libertà, che sembrano conclamate ormai da anni rispetto alla libera circolazione e al soggiorno (dal *caso Baumbast* in poi) e meno percepite riguardo all'ambito della partecipazione (es. diritto d'iniziativa) e del suffragio. Tutto ciò, a parere di chi scrive, ritarda la struttura e la conseguente affermazione di un assetto democratico europeo, di per sé ancora molto debole. Ecco perché proliferano peculiari forme di trasformazione della cittadinanza, le quali sgretolano il già delicato impianto giuridico in questione.

Lo Stato è sovrano nel decidere i criteri di accesso al suo territorio. Su questo punto non vi sono discordanze. Eppure, le formule di *cash-for-citizenship* analizzate lasciano spazio a qualche osservazione. In primo luogo, il debole rapporto con la residenza: nell'ordinamento italiano, con riferimento allo straniero, si è adottata la nozione per cui si considera residente colui che elegge un luogo a "sede principale dei suoi affari ed interessi" (art. 43 c.c.) presupponendo, tuttavia, che ad una "volontà dichiarata corrisponda un fatto e una consuetudine di vita in un luogo. D'altra parte, il fatto materiale di trovarsi a vivere in un luogo deve essere espressione di una scelta del soggetto di fissare in quel luogo la sua residenza" (MAROZZO DELLA ROCCA, 2003: 2). Pertanto, è necessario usare molta cautela quando si procede al riconoscimento di determinati diritti senza prerequisiti di residenza ragionevoli. La territorialità, del resto, fa parte dell'essenza stessa dello Stato e, pertanto, non può essere ridotta ad una presenza saltuaria. Per altri versi, la legittima potestà delle Pubbliche Autorità nel decidere la naturalizzazione di un soggetto dovrebbe tenere sempre presente la condizione giuridica di riferimento. Non è un caso, infatti, che nel settore dell'immigrazione si consumino deliberati trattamenti discriminatori, accresciuti dallo smodato utilizzo della discrezionalità amministrativa. Quest'ultima deve essere esercitata non solo nella concessione dei benefici ma, soprattutto, nell'accertamento dei criteri di legge, con "seri profili di adeguatezza e proporzionalità" (DI MAIO, 2013).

Del resto, gli stessi limiti che circoscrivono la cittadinanza sono spesso posti a guardia dell'identità, dei principi e dei valori condivisi. Ciò nonostante, si manifesta ormai con forza quella "disgiunzione [...] fra la cittadinanza come identità e la

cittadinanza come diritto di partecipare al processo politico” (TORCHIA, 2000: 497). Tuttavia, lo Stato non può essere “una somma di elementi disaggregati, ma una singola unità, una totalità che è determinata dalla realizzazione di valori sostanziali in precise situazioni storiche” (BRAGE CAMAZANO, 2007: 5). Sebbene il territorio rappresenti quel “centro di riferimento degli interessi comunitari” (MARTINES, 1997: 9), appare molto discutibile la scelta di elevare il valore-investimento a *genuine link* con lo Stato. Le libertà pubbliche, intese come “diritto alla pubblica funzione” (ROMANO, 1900: 191) non possono essere vincolate a ragioni di fabbisogno economico. Tantomeno la donazione volontaria ci appare come condizione costitutiva di un principio di solidarietà nazionale. Siamo coscienti che l’immigrazione, nella sua complessità, è una risorsa poiché “contribuisce a definire la cittadinanza e l’identità europea, entrambi alla ricerca del proprio contenuto” (DE WENDEN, 2004: 124). Tuttavia, ci dichiariamo più propensi verso l’adozione di una “cittadinanza civica” (DE LUCAS, 2001: 72) che sposti l’attenzione sulle reali ragioni dell’appartenenza ad una comunità nazionale e, soprattutto, europea. Essere cittadini è un diritto, ma non ad ogni costo.

Riferimenti bibliografici

AZZARITI, Gaetano (2011). "La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone", *Diritto Pubblico*, n. 2, pp. 425-450

BACCELLI, Luca (1994). "Cittadinanza e appartenenza", in Zolo, *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Bari: Laterza, pp. 129-65.

BALLARINO, Tito (2007). *Manuale breve di diritto dell'unione europea*. Roma: Cedam

BAUBÖCK, Rainer (2014). "What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy!", in Shachar, *Should citizenship be for sale?*, Eudo working papers. Firenze: Robert Schuman Centre for Advanced Studies, pp. 19-22

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2007). "La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra". *Relazione in Jornada sobre Orientación y*

Método en el Derecho Constitucional. Madrid: UNED

BUCHANAN, James M. (1965). "An economic theory of clubs", *Economica*, Vol. 32, n. 125, pp. 1-14

CARENS, Joseph H. (1987). "Aliens and citizens: The case for open borders", *The Review of Politics*, Vol. 49, n. 2, Cambridge University Press, pp. 251-273

CARRERA, Sergio (2014). "How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?", *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 64, www.ceps.eu

DE LUCAS, Javier (2001) "Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes", *Revista CIDOB d'afers internacionals*, Fundació CIDOB, Barcelona, pp.63-75

DI MAIO, Claudio (2013). "La discrezionalità amministrativa nel riconoscere la cittadinanza", *Diritti Comparati*, <http://www.diritticomparati.it>

DI MARTINO, Alessandra (2010). *Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione: Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*. Milano: Giuffré

DIEZ PICAZO, Luis M. (2003). "Relazione introduttiva", in *Seminario "Il cittadino e lo straniero in Europa"*. Roma: LUISS "Guido Carli"

FREY, Bruno S. (2000). "A utopia? Government without territorial monopoly", *Working Paper*, n. 47, pp. 162-175

GROSSO, Enrico (2001). *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*. Torino: Giappichelli

HELD, David (1991). "Between state and civil society: Citizenship", in Andrews, *Citizenship*. London: Lawrence and Wishart, pp. 19-25

HONOHAN, Iseult (2012). "Citizenship attribution in a new country of immigration: Ireland", in Vink, *Migration and citizenship attribution: Politics and policies in western Europe*. Abingdon: Routledge, pp. 99-116

LIÑAN NOGUERAS, Diego J. (2013). "La ciudadanía europea: Una cuestión abierta", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 32, pp. 357-372

MAROZZO DELLA ROCCA, Paolo (2003). "Il diritto alla residenza: Un confronto tra principi generali, categorie civilistiche e procedure anagrafiche", *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, pp. 1013-1048

MARTINES, Temistocle (1997). *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè

PARISI, Nicoletta (2013). "Come sfuma la cittadinanza nell'unione europea. Verso una cittadinanza civica fondata sulla residenza", <http://www.cdeunict.it>

ROMANO, Santi (1900). "La teoria dei diritti pubblici soggettivi", in Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Vol. I. Milano: SEI, pp. 159- 163

ROSSI, Lucia S. (2006). "I cittadini", in Tizzano, *Il diritto privato dell'unione europea*. Torino: Giappichelli

SOVARINO, Elisa (2008). "Acquisizione della cittadinanza in Irlanda: Bilanciamento dello ius soli e dello ius sanguinis tra disposizioni costituzionali e legislative", *Norma*, http://extranet.dbi.it/Archivio_allegati/Allegati/10749.pdf

SPIRO, Peter J. (2007). *Beyond citizenship: American identity after globalization*. Oxford: OUP

STERN, Joachim (2011). "Ius pecuniae. Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde", in Dahlvik, *Migration und Integration wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich*. Vienna: Vienna University Press, pp. 55-74

TIEBOUT, Charles M. (1956). "A pure theory of local expenditure", *Journal of Political Economy*, Vol. 64, pp. 416-424

TORCHIA, Luisa (2000). "Regioni e unione europea: Temi e problemi", *Le Regioni*, n. 3-4, pp. 495-500

TRIGGIANI, Ennio (2010). "Cittadinanza dell'Unione e integrazione attraverso i diritti", in Moccia, *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'unione europea*. Roma: Franco Angeli, pp. 137-158

WALZER, Michael (1983). *Spheres of justice: A defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books

ZOLO, Danilo (2006). "Cittadinanza. Storia di un ideale europeo", *Jura Gentium*,
<http://www.juragentium.org>

KOINÈ COSTITUZIONALE E CITTADINANZA EUROPEA. LA LUNGA STRADA DELLA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA

Ilaria Del Vecchio

*Dottoranda in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Roma Tre*

Sommario:

- 1.- Premessa: il ruolo dei diritti dell'uomo nell'integrazione europea.
- 2.- Koinè costituzionale europea: fondamenti e nessi logici.
- 3.- L'apporto giurisprudenziale e lo "strumento" della cittadinanza europea.
- 4.- Miglioramenti sono ancora possibili.
- 5.- Conclusioni.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

Il lavoro prende le mosse dal presupposto che la *koinè* costituzionale europea debba fondarsi sulla equilibrata tensione tra due principi, quello della omogeneità costituzionale e quello delle identità nazionali e sul legame a doppio filo che collega la tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea.

Mentre il primo binomio valoriale, omogeneità costituzionale e identità nazionali, è esplicitato nei Trattati post-Lisbona, il collegamento tra la tutela dei diritti fondamentali e la cittadinanza europea è frutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e dell'apporto propositivo degli Avvocati Generali. Difatti, sebbene la cittadinanza sia stata assunta quale pietra angolare della legittimazione democratica nel sistema politico europeo, il singolo cittadino, inserito in un contesto di tutele "multilivello", non sempre ha visto garantiti i propri diritti fondamentali. Nel testo si evidenzierà il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia, ora chiamata a giudicare sulle violazioni dei diritti umani ma carente di uno strumento di intervento efficace nei casi rientranti nelle competenze "strettamente statali".

Si suggeriranno, inoltre, due strumenti esistenti nell'ordinamento europeo, uno esplicitamente l'altro implicitamente ricavabile da un'interpretazione sistematica degli artt. 2 TUE e 20 TFUE, che potrebbero offrire una buona base di sviluppo per la tutela europea dei diritti fondamentali. Questi meccanismi, se pienamente utilizzati, promuoverebbero il rispetto dei valori comuni agli Stati membri sanciti dagli artt. 2 e 6 TUE, renderebbero proficuo il dialogo tra le Corti in campo di diritti fondamentali e avrebbero il pregio di rispettare allo stesso tempo le identità costituzionali nazionali.

Resumen en español

Koiné constitucional y ciudadanía europea. El largo camino de la protección de los derechos en Europa

El estudio desarrolla el tema de la *koiné* constitucional europea, que se fundamenta en la tensión equilibrada entre dos principios, el de homogeneidad constitucional y el de identidades nacionales, y el doble enlace que une la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea.

Si los dos primeros conceptos, homogeneidad constitucional e identidades nacionales, se explican en los Tratados post-Lisboa, el vínculo entre la protección de los derechos fundamentales y la ciudadanía es el producto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la contribución proactiva de Abogados Generales. De hecho, a pesar de que la ciudadanía esté considerada la piedra angular de la legitimidad democrática del sistema político europeo, el ciudadano, en un contexto de garantía "multinivel" de los derechos fundamentales, no siempre ve esos derechos protegidos de manera efectiva.

El autor analiza el papel que desempeña el TJUE, que actualmente conoce de los asuntos relativos a las violaciones de los derechos humanos, pero carece de una herramienta para intervenir de forma eficaz en los casos que sean de competencia "estrictamente estatal".

Se sugiere, además, una reflexión sobre dos instrumentos existentes en el ordenamiento europeo, uno redactado más explícitamente y el otro implícitamente, recogidos en los artículos 2 TUE y 20 TFUE, que podrían proporcionar una buena base para el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales. Estos mecanismos, siendo bien utilizados, podrían estimular el respeto de los valores comunes a los Estados miembros según lo previsto en los artículos 2 y 6 TUE, permitir que el diálogo entre Tribunales en el ámbito de los derechos fundamentales sea fructífero, y presentar la ventaja que supondría respetar al mismo tiempo la identidad constitucional nacional.

Abstract in English

The Constitutional *koinè* and the European citizenship. The long journey of rights protection in Europe

The work builds on the assumption that the European constitutional *koinè* should be based on the balanced tension between two principles, the constitutional homogeneity and the national identity, and the double bond linking the protection of fundamental rights and the European citizenship.

While the first pair of values, constitutional homogeneity and national identity, is explained in the post-Lisbon Treaties, the link between the protection of fundamental rights and citizenship is the result of the European Court of Justice case law and the proactive contribution of the Advocate Generals. Although citizenship has been taken as the cornerstone of democratic legitimacy in the European political system, the individual citizen's fundamental rights, contained in a system of "multilevel constitution" have not always been protected.

This paper seeks to outline the role played by the European Court of Justice in this setting, required to judge on violations of human rights but lacking any tools for effective intervention in cases falling within the "strictly national" competence.

We suggest, in addition, two existing instruments in the European legal framework, one explicitly and the other one implicitly arising from a systematic interpretation of Articles 2 TEU and 20 TFEU, which could provide a good basis for the development of the protection of fundamental rights. These mechanisms, when properly adopted, would promote respect for the common values of the Member States as laid down in the Articles 2 and 6 TEU, enhance the dialogue between courts in the field of fundamental rights. At the same time such an approach would not overlook the national constitutional identity.

1.- Premessa: il ruolo dei diritti fondamentali nell'integrazione europea

Come da più parti affermato¹, le ragioni che avevano portato alla fondazione delle Comunità europee avevano poco a che fare con la protezione dei diritti fondamentali e con il concetto di Europa come entità sovrastatale basata sui diritti.

Nei primi anni del nuovo millennio, d'altro canto, si era confidato in un'imminente "svolta" nel sistema istituzionale europeo. Difatti, la proclamazione a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea² e la preparazione del Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa potevano essere, a ragione, considerati come presupposti di una importante accelerazione nel passaggio da un'unione europea solo o prevalentemente economica ad una unione politica³, creando non poca aspettativa nella dottrina dell'epoca⁴.

Gli anni successivi hanno visto progressivamente sfumare gli auspici migliori, non senza fare salvo qualche buon proposito. Da una parte, è a tutti noto il fallimento del c.d. Trattato costituzionale, sottoscritto a Roma nel 2004, non ratificato da Francia e Paesi Bassi a seguito dei *referendum* popolari con esito negativo e, infine, definitivamente abbandonato nel 2009. Dall'altro lato, invece, il valore giuridico vincolante della Carta dei diritti fondamentali è stato finalmente riconosciuto ed equiparato a quello dei Trattati e l'accantonato testo costituzionale è risultato quasi totalmente trasfuso nel Trattato di riforma dell'Unione europea (c.d. Trattato di Lisbona).

¹ Si v. ad es., GREER e WILLIAMS, (2009: 471) i quali affermano esplicitamente: *"when the then named European Economic Community was established by six states in the Treaty of Rome in 1957, human rights were not visible on the political or legal landscape. Their presence was at best subliminal. The subsequent gradual construction of a discourse that human rights were fundamental in the creation of the European Project by the European Court of Justice (ECJ), the Commission, the Council, and now all institutions of the EEC/European Community/European Union, is a myth. Nonetheless, the institutional practice that has developed over the past 30 or more years seems to have placed respect for human rights at the core of the EU's stated values"*.

² Per la dottrina che vedeva la Carta come parte integrante del processo di costituzionalizzazione si v. ROSSI (2002: 566); *contra* PACE (2001:193 ss.), il quale riteneva la Carta come mero testo unico solo in alcune parti innovativo.

³ CELOTTO e PISTORIO, (2004: 427 ss.).

⁴ Si v. CIAMPI (2000), il quale afferma *"European integration is now moving beyond the economic and monetary dimensions alone to become a genuine bond of democratic solidarity. This process (...) requires a European Constitution"*.

Oggi il Trattato sull'Unione europea (post-Lisbona) oltre al riconoscimento espresso dei diritti fondamentali previsto dall'art. 6, par. 1 TUE⁵ e al "garante politico" costituito dal meccanismo di censura e da quello sanzionatorio ex art. 7 TUE⁶, al neoistituito art. 2 TUE dichiara solennemente che l'Unione si fonda sul "rispetto dei diritti umani"⁷ peraltro sulla scorta di una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva già dato avvio ad un percorso di tutela dei diritti⁸.

Si ritiene, dunque, che il processo di transizione dell'Unione europea, da mera entità funzionalmente orientata all'integrazione del mercato a sistema politico aperto basato su una *koinè* costituzionale, sia tutt'altro che interrotto e che, anzi, abbia ricevuto un nuovo impulso, soprattutto sul versante della tutela dei diritti fondamentali⁹.

Nel prosieguo del lavoro, dopo aver messo in luce le basi ermeneutiche sulle quali si ritiene di dover affrontare il discorso sulla tutela dei diritti fondamentali in Europa (par. 2) e riportata brevemente la posizione finora assunta dalla Corte di giustizia (par. 3), si indicheranno gli strumenti attualmente esistenti nell'ordinamento comunitario che, alla luce di quanto proposto, potrebbero offrire una solida base di sviluppo per la tutela europea dei diritti fondamentali (par. 4).

⁵ Non si può non richiamare, inoltre, la previsione, introdotta col Trattato di Lisbona, che comporta l'avvio di un processo di integrazione tra l'ordinamento europeo e convenzionale di tutela dei diritti fondamentali. Con l'art. 6 par. 2 TUE, difatti, si è inteso introdurre la "base giuridica" richiesta dallo storico parere 2/94 della Corte di Giustizia perché l'Ue potesse entrare a far parte del Consiglio d'Europa garantendo così il rispetto della CEDU, ratificata non solo da tutti gli Stati Membri dell'Unione europea ma anche da Stati Terzi. Ebbene, nonostante l'espressa previsione nei trattati abbia rappresentato un punto di svolta il percorso di adesione dell'Unione europea alla CEDU è ancora in atto e, con la recente *Opinion 2/13*, la Corte di Giustizia ha ulteriormente ostacolato il concludersi dello stesso. Sul Parere 2/13 del 18 dicembre 2014 della Corte di Giustizia si v. FANCIULLO, 2015.

⁶ Cfr. SANNA (2014: 70-78) dove si parla di «procedura di pre-allarme» per il meccanismo previsto dall'art. 7, par. 1 TUE e di «procedura sanzionatoria» per quello previsto dall'art. 7, par. 2 TUE.

⁷ Si ritiene che l'art. 2, comma 1 TUE sia "l'enunciazione del progetto politico volto a delineare un 'Unione di valori'" (FUMAGALLI, 2014: 14).

⁸ Cfr. *infra* par. 3.

⁹ Cfr. GREER e WILLIAMS i quali affermano: "*the institutional practice that has developed over the past 30 or more years seems to have placed respect for human rights at the core of the EU's stated values*" (2009: 471).

2.- Koinè costituzionale europea: fondamenti e nessi logici

È opinione di chi scrive che, se di una *koinè* costituzionale voglia parlarsi, proprio per le peculiarità che caratterizzano l'ordinamento europeo¹⁰, la si debba fondare sulla equilibrata tensione tra due principi: quello della omogeneità costituzionale e quello delle identità nazionali, nonché sul legame a doppio filo che collega la tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea.

Il primo binomio valoriale (omogeneità/identità), previsto peraltro in maniera esplicita dai Trattati post-Lisbona¹¹, ispira tanto le valutazioni del legislatore europeo quanto, e soprattutto, le decisioni del giudice di Lussemburgo, il quale deve tenere ben presente il denominatore costituzionale comune agli Stati membri cercando di preservare, però, il pluralismo che contraddistingue l'ordinamento europeo¹².

Il secondo binomio, invece, pur non trovando espresso collegamento nei Trattati¹³, è stato utilizzato in più occasioni dalla giurisprudenza europea per assicurare

¹⁰ Cfr. per quanto attiene al processo costituzionale, WILKINSON (2013: 191-222), il quale sottolinea come non sia possibile ricondurre il processo di costituzionalizzazione europeo entro i classici approcci. V. per quanto attiene, invece, alla forma di stato, CARAVITA (2014), il quale asserisce "I 28 Stati membri stanno costruendo oggi - in tempi più brevi (il processo federale dura da poco più di sessant'anni) e in maniera incruenta (non ci sono guerre sul territorio dell'Europa comunitaria!) - un nuovo grande modello federale". Sull'argomento si v. anche MARTINICO (2012).

¹¹ Il Trattato sull'Unione europea nella versione consolidata prevede, per la prima volta espressamente, l'omogeneità costituzionale, da un lato, e la tutela delle identità nazionali, dall'altro, come termini di integrazione ed alimentazione di un percorso volto al consolidamento di una *Multilevel Constitution*. Difatti, se con gli artt. 2 e 6 TUE si è inteso individuare il sostrato di valori comuni sui quali si fonda l'Unione, peraltro tutelato dall'art. 7 TUE che ne configura un vero e proprio "garante politico", sul versante opposto, grazie all'art. 4.2 TUE, si è rafforzato nel panorama europeo il concetto di "identità nazionale" tanto da spingere taluni a ritenerlo una sorta di "codificazione dei controlimiti nazionali". Sull'argomento si v. ATRIPALDI- MICCÙ (2003) e, più in generale, CARTABIA, (2005) e ONIDA (2002: 549 ss.).

¹² Cfr. CARTABIA (2014a: 24), la quale sottolinea come solitamente l'identità di un ordinamento giuridico sia basata sui valori fondamentali dello stesso, l'ordinamento giuridico europeo avendo una natura composita, non può che fondare i propri valori sulle identità dei singoli Stati membri.

¹³ Durante le negoziazioni che precedettero il Trattato di Maastricht, invero, la Spagna propose di accompagnare la istituenda cittadinanza europea con un articolato contenente la previsione dell'obbligo di rispettare i diritti fondamentali indirizzato tanto all'Unione quanto agli Stati Membri (Cfr. «*Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea presentado por la Delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política*» 1991: 333-338 e 405-409). Nel Trattato Costituzionale il legame tra i due fenomeni era ben visibile dal momento che entrambi erano previsti nella rubrica del Titolo II della Parte I "Diritti fondamentali e cittadinanza dell'unione". Il link è sparito dai Trattati dopo Lisbona anche se nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea se ne fa ancora accenno. «L'Unione (...) pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Cfr., da ultimo, IGLESIAS SÁNCHEZ (2014, : 464-481).

l'effettivo esercizio del diritto di cittadinanza attraverso la tutela dei diritti fondamentali.

Ragioni storico-teleologiche avvalorano senz'altro l'interconnessione tra questi due concetti giuridici: i diritti fondamentali sono emersi come "diritti dei cittadini negli Stati europei" ed entrambe le nozioni nacquero "in reazione al pressante problema della legittimazione" (VON BOGDANDY ET AL. 2012: 955).

Tuttavia, il dato normativo dei Trattati, malgrado le convergenze appena richiamate, continua a mantenere i due regimi giuridici differenziati e basati su *rationes* differenti: i diritti fondamentali proclamati all'art. 6 TUE hanno una vocazione universale e per questo devono tendenzialmente essere disancorati dalla cittadinanza¹⁴. Inoltre, l'eventuale collegamento della tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea metterebbe in tensione la particolare struttura fondamentale dell'Unione, basata sul principio dei poteri attribuiti. In altre parole se l'istituzione della cittadinanza europea ha rappresentato un passo verso un sistema federale, il legame della stessa con i diritti fondamentali mal si attaglierebbe al sistema di ripartizione delle competenze come oggi intese¹⁵.

In questo senso sembra andare anche l'art. 51, par. 1, CDFUE che, specificando l'ambito di applicazione della Carta, dichiara formalmente che le disposizioni della stessa sono rivolte principalmente all'Unione e alle sue istituzioni e sono applicabili agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione.

L'esigenza di suddivisione delle competenze Unione-Stati membri va letta sicuramente nella direzione di tutelare le identità nazionali (come previsto dall'art. 4,

¹⁴ Si noti, con tale affermazione non si vuole entrare nel merito dell'annosa *querelle* nata tra giusnaturalisti e positivisti su quale sia la natura dei diritti umani ma, piuttosto, si intende sottolineare come i diritti fondamentali siano generalmente applicabili e riconosciuti al di là della cittadinanza. A questo proposito non si può non citare l'art. 2 della Costituzione italiana che parla di "diritti inviolabili dell'uomo" esulando dallo *status* di cittadino. Come d'altronde prevede anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che richiede agli Stati aderenti di tutelare i diritti delle persone che si trovino, anche solo temporaneamente, sotto la loro giurisdizione, svincolando inequivocabilmente la tutela giurisdizionale dal possesso della cittadinanza dello Stato avverso il quale si agisce.

¹⁵ Così IGLESÍAS SÁNCHEZ, (2014: 465–467). Sulla cittadinanza europea si v., tra gli altri, CARTABIA, (1995); CARETTI (2009: 131 ss.). Per un quadro approfondito delle diverse letture della cittadinanza europea nel rapporto con la tutela dei diritti nei molteplici livelli interessati si v. GUARNIER (2012).

par. 2 TUE) ma le gravi violazioni dei diritti fondamentali, pericolosamente crescenti negli Stati membri, impongono una più accurata valutazione¹⁶.

3.- L'apporto della Corte di Giustizia europea e lo "strumento" della cittadinanza europea

Il sistema di divisione delle competenze testé richiamato non ha retto alla prova dei fatti e, come spesso accade, il giudice (in questo caso la Corte di Giustizia europea) si è trovato a dover fronteggiare realtà non pilatescamente etichettabili come «fuori dalle competenze dell'Unione»¹⁷.

Peraltro, già prima della proclamazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea la Corte aveva avocato a sé la possibilità di giudicare sui diritti in virtù della c.d. dottrina dell'*incorporation*, secondo la quale i diritti fondamentali comunitari vincolano oltre che le istituzioni e gli organi dell'Unione anche le istituzioni nazionali quando attuano gli obblighi comunitari¹⁸.

Successivamente, la Corte di Giustizia ha aperto il suo giudizio a situazioni che *prima facie* apparivano puramente interne ma che, per il mezzo del diritto alla cittadinanza, rientravano nell'alveo delle competenze dell'Unione. Difatti, alcuni di questi casi offrivano la possibilità di essere ricondotti nell'ambito delle competenze rimesse all'Unione grazie alla circostanza che si trattasse di cittadini che esercitavano, o avevano esercitato, il diritto di circolazione nel territorio europeo e che dunque, pur

¹⁶ Si noti che, ex art. 21 TUE l'Unione si fa promotrice dei diritti fondamentali nel mondo. Cfr. ALBI (2009: 46–69), il quale rileva il paradosso secondo il quale l'Unione, attenta valutatrice della tutela apprestata ai diritti fondamentali dai Paesi candidati, è quasi del tutto impotente nel caso in cui la violazione dei diritti sia operata dai suoi Stati membri.

¹⁷ Per la giurisprudenza sull'applicazione dei diritti fondamentali da parte dell'Unione nell'ambito del diritto UE si v., tra le più risalenti, *Stauder v City of Ulm* (29/69) [1969], *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (11/70) [1970], causa 4/73 *Nold/Commissione* [1977] Cfr. KUMM il quale afferma "The story about how the ECJ, from *Stauder* to *Internationale Handelsgesellschaft* and *Nold* has developed its own human rights jurisprudence is a staple element in European scholarship. It is part of the narrative describing the role of the ECJ in the constitutionalization of EC law" (2010: 106).

¹⁸ La Corte ha senza dubbio fatto un uso prudente di questa dottrina. Cfr. CARTABIA (2007: 27), la quale individua due linee di tendenza nella dottrina dell'*incorporation*: la prima, riconducibile alla c.d. linea *Wachauf* (sent. 13 luglio 1989, causa C-5/88), ricorre allorché gli Stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie, la seconda, la c.d. linea *Ert* (sent. 18 giugno 1991, causa C-260/89), si verifica invece quando gli Stati invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche fondamentali previste dai Trattati.

sollevando questioni apparentemente interne, potevano avvalersi della tutela apprestata dall'art. 21 TFUE¹⁹ in quanto il diritto di circolazione rientra tra le quattro libertà fondamentali, emblema del mercato unico europeo²⁰.

Altri casi, però, non offrivano l'espedito della «libera circolazione», in quanto le questioni all'esame della Corte vedevano nei soggetti richiedenti tutela cittadina stanziale che non avevano esercitato il diritto di circolazione²¹. In queste ipotesi se si fosse perseverato nel ritenere necessario uno spostamento fisico in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini per poter invocare il diritto di soggiorno come cittadino dell'Unione, il risultato sarebbe stato «tanto strano quanto illogico»²². Dunque la Corte è corsa ai ripari proponendo una lettura estensiva della cittadinanza europea.

Emblematici di questa ultima ipotesi, ovvero di violazioni di diritti fondamentali lamentate da cittadini europei «stanziali», sono i casi *Rottman*²³ e *Zambrano*²⁴. Quest'ultimo, in particolare, trae origine dal ricorso di un cittadino colombiano, il Signor Ruiz Zambrano, padre di due bambini in tenera età nati in territorio belga e come tali cittadini belgi ed europei. Il padre impugnava il diniego a lui opposto dalle autorità nazionali di un permesso di soggiorno e di un permesso di lavoro, asserendo che il suo allontanamento dal territorio belga avrebbe menomato i diritti dei figli minori, regolari cittadini europei²⁵. L'Avvocato generale, nelle conclusioni del caso,

¹⁹ Che trova esplicitazione nella direttiva n. 38/2004

²⁰ V. in particolare la causa C-168/91, *Kostantinidis* [1993] dove un massaggiatore greco che lavorava in Germania reclamava la lesione del suo diritto fondamentale all'identità personale in una trascrizione ufficiale del suo cognome. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Jacobs, rileva come il cittadino dell'Unione che si reca in un altro Stato membro abbia il diritto di contare sul fatto che dovunque si rechi all'interno dell'Unione europea egli sarà trattato «in conformità ad un codice comune di valori fondamentali» e ancora «Egli ha diritto di dichiarare "*civis europeus sum*" e di invocare tale *status* per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali» (concl. par. 46).

²¹ V. causa C-135/08 *J. Rottmann v. Freistaat Bayern* e causa C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi* [2011]. Cfr. Russo (2014: 8) dove l'A. distingue tra «cittadini statici (che non abbiano esercitato la libertà di movimento) e dinamici (coloro che si muovono tra i diversi Stati membri)».

²² Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, causa C-34/09 *Zambrano* [2011], par. 86.

²³ Cfr. causa C-135/08 *J. Rottmann v. Freistaat Bayern*

²⁴ V. causa C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi* [2011].

²⁵ La Corte di giustizia, pur escludendo l'applicazione della direttiva n. 38/2004, applicabile ai soli cittadini dinamici, dà ragione al ricorrente applicando direttamente l'art. 20 TFUE, il quale osta al diniego del permesso di soggiorno e del permesso di lavoro nei confronti di chi, malgrado sia cittadino di uno Stato terzo, abbia in cura i figli in tenera età, cittadini europei. L'ipotesi di diniego del permesso di

aveva suggerito alla Corte di riconoscere un diritto di soggiorno sulla base dell'art. 21 TFUE indipendente da quello di circolazione e dunque di estendere notevolmente il margine di manovra (*rectius* di competenza) del giudice di Lussemburgo. La Corte, più cautamente ha ammesso dapprima, nel caso *Rottmann*, che la circostanza "di un cittadino dell'Unione che si trovi (...) in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello *status* conferito dall'art. [20 TFUE] e dei diritti ad esso correlati, ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione"²⁶ ed ha poi specificato, nella causa *Zambrano*, che "l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione"²⁷.

In queste cause la Corte, attraverso un'interpretazione sostanzialistica del diritto di cittadinanza²⁸, ha permesso di far valere taluni diritti di cittadinanza a prescindere da precedenti movimenti transfrontalieri, salvo poi circoscriverli nella giurisprudenza successiva, anche detta di «perimetrazione del caso *Zambrano*». A quest'ultimo proposito, nel caso *McCarthy*²⁹, il giudice di Lussemburgo ha limitato la possibilità di intervento della Corte in caso di stanzialità dei soggetti, sottolineando

soggiorno ai genitori avrebbe costretto i bimbi ad abbandonare il territorio europeo, subendo una lesione nel godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino europeo, che, ad avviso della Corte di giustizia, deve essere reso effettivo anche a costo di incidere su ambiti materiali riservati tradizionalmente agli Stati nazionali, quali sono quelli relativi alle condizioni di soggiorno degli stranieri. Cfr. Lollo (2012: 8) il quale rileva che «in apparente distonia con il dispositivo della sentenza *Zambrano*, con la sentenza *McCarthy* la Corte nega invece il diritto ad un permesso di soggiorno derivato al Sig. McCarthy, cittadino giamaicano coniugato con una cittadina del Regno Unito, in quanto quest'ultima, non essendo a carico del marito, non sarebbe stata costretta ad abbondare lo Stato in cui soggiorna».

²⁶ Sent. *Rottmann* par. 42.

²⁷ Sent. *Ruiz Zambrano*, par. 42.

²⁸ Si ritiene che la Corte in queste cause in tema di cittadinanza «si è impegnata in un discorso che dei diritti fondamentali ha tutto a parte il nome» e questo grazie alle «conclusioni degli avvocati generali della Corte, che hanno argomentato nel senso di basare sui diritti fondamentali casi che apparivano talvolta piuttosto tecnici» (VON BOGDANDY, KOTTMANN, ANTPÖHLER, DICKSCHEN, HENTREI, SMRKOLJ, 2012: 954-955).

²⁹ V. causa C-434/09 *McCarthy* [2011] ma anche causa C-256/11 *Dereci et al.* [2011], cause C-356/11 and C-357/11 *O. e S.* [2012] C-87/12, *Ymeraga*, [2013]; C-86/12 *Alokpa and Moudoulou* [2013]. Si v. GALLO (2012: 39 ss.).

l'eccezionalità del precedente di *Zambrano* dal momento che, in quel caso, erano coinvolti dei minori³⁰.

Nonostante i successivi restringimenti, ad ogni modo, si può sostenere che la formula del proteggere la *substance* del diritto di cittadinanza, sia pure con i rischi connessi ad una valutazione casistica da parte della Corte³¹, offre una potenziale opportunità per rafforzare la cittadinanza dell'Unione come fonte indipendente di diritti³².

Nel paragrafo successivo si tenteranno di delineare gli sviluppi di tale impostazione giurisprudenziale qui auspicati e di mettere chiarezza sulle possibili strade da intraprendere per una tutela multilivello efficiente e una *koinè* costituzionale compiuta.

4.- Miglioramenti sono ancora possibili

Come si è detto l'Unione europea, a partire dal nuovo millennio, ha valorizzato il ruolo della protezione dei diritti fondamentali e la Corte di giustizia ha assunto una funzione sempre più rilevante nella c.d. tutela multilivello dei diritti³³.

³⁰V. MONTANARI, (2012) dove l'autrice rileva che "si conferma in questo modo lo sviluppo incrementale della sua giurisprudenza, dove le pur significative aperture tese a favorire il processo di integrazione europea sono temperate da immediati e successivi pronunciamenti caratterizzati da maggiore prudenza".

³¹ Come rilevato dall'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni alla causa *Zambrano*, par. 163 "la trasparenza e la chiarezza esigono che si possa stabilire con certezza cosa significhi "portata del diritto dell'Unione" ai fini della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione" e per questo l'Avvocato propone che si possano invocare i diritti fondamentali dell'Unione europea solo quando il provvedimento contestato rientri tra le competenze materiali dell'Unione, ovvero l'Unione abbia competenza legislativa esclusiva o concorrente. In questo caso, infatti, anche qualora «tale competenza non [sia] stata ancora esercitata» gli Stati membri hanno comunque acconsentito ad un passaggio di sovranità e la certezza del diritto sarebbe maggiormente assicurata. V., anche, VAN EIJKEN e DE VRIES, (2011: 718), dove si afferma "*The scope of application of the protection of fundamental rights in the context of EU law remains ambiguous*"; TOMASELLI (2014: 25), il quale sottolinea come la cittadinanza europea, al contrario di quanto affermato nelle sentenze della Corte di giustizia, è "astrattamente priva (...) di quei caratteri necessari al fine di un'autentica configurazione come categoria giuridica *tout court*, ma [è] artificiosamente riempita di significato dalla originale giurisprudenza lussemburghese in combutta, affannosa e confusa, con il "temerario" legislatore di Bruxelles".

³² Si v. anche il problema della discriminazione inversa affrontato diffusamente dall'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni alla causa *Zambrano*, parr. 139-150

³³ Si v., primo a coniare il termine "costituzione multilivello", PERNICE (1996: 703 ss.) Per una dottrina critica cfr. LUCIANI, (2006: 1643-1668). Più in generale, sull'approccio seguito da Ingolf Pernice nella rielaborazione delle teorie dell'integrazione in chiave europea (c.d. interrelazione multilivello), si v. GUARNIER, (2014: 254-262) la quale ricostruisce le origini della teoria di Pernice trovandone i fondamenti

Nonostante l'intervento della Corte nel dialogo sui diritti fondamentali fosse auspicato e ed è tutt'oggi auspicabile³⁴, non bisogna per questo cedere alla tentazione di voler far rientrare tutte le questioni riguardanti i diritti fondamentali in violazioni della "sostanza" della cittadinanza dell'Unione e dunque ricondurle tra le competenze della Corte.

In effetti, ragioni di ordine formale e sistematico ostano ad una tale interpretazione.

Da un lato, l'art. 51 CFUE esclude *ictu oculi* la possibilità per la Corte di giustizia di essere titolare di un sindacato generale sull'azione degli Stati membri e, inoltre, a seguito del Trattato di Lisbona anche la tutela delle identità nazionali trova espresso riconoscimento e protezione nell'art. 4, par. 2 TUE non potendosi dunque trascurare le istanze e le tutele nazionali.

D'altro canto, sebbene l'espansione dell'azione della Corte di giustizia nel campo dei diritti fondamentali potrebbe avere il merito di «omogeneizzare» le tutele, la stessa implicherebbe il grosso rischio di calpestare le peculiarità dei singoli ordinamenti statali. Tale pericolo deve essere scongiurato attraverso un attento bilanciamento tra i due termini dicotomici in apertura richiamati: omogeneità costituzionale e identità nazionali³⁵.

Quali, dunque, i possibili rimedi?

È opinione di chi scrive che, *de jure condito*, esistano nell'ordinamento europeo degli strumenti i quali, se pienamente utilizzati, potrebbero promuovere il rispetto dei

nell'idea di Stato come fenomeno sociale di Heller (H. HELLER, *Staatslehre* [1934] trad. it. a cura di U. POMARICI, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988) e in quella secondo cui "uno stato non può preesistere alla propria costituzione" (P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come costituzione parziale nel contesto dell'Unione europea: aspetti di un problema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 455 ss. e Id., *Colloquio sulla «costituzione europea»*, a cura di P. RIDOLA, in *Diritto Romano attuale*, 1999, 197 ss.).

³⁴ Cfr., tra i primi, GREMENTIERI, (1979: 969-977). L'A. già allora auspicava in un controllo sui diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia senza però intenderlo come "esclusività del potere di controllo a scapito delle giurisdizioni nazionali".

³⁵ Sull'argomento sia consentito rinviare a CAPONI, CAPUOZZO, DEL VECCHIO, SIMONETTI, (2014: 33).

valori comuni agli Stati membri sanciti dagli artt. 2 e 6 TUE³⁶, nonché rendere proficuo il dialogo tra le Corti in campo di diritti fondamentali e allo stesso tempo rispettare le identità costituzionali nazionali.

Due sono gli strumenti che in questa sede si intende richiamare.

Il primo è uno strumento offerto dai Trattati ai giudici nazionali. Si tratta del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE e utilizzato ancora con parsimonia dalle Corti costituzionali nazionali³⁷.

La Corte costituzionale italiana, difatti, solo di recente si è servita del rinvio pregiudiziale che, da ultimo, ha ammesso anche nell'ambito di un giudizio in via incidentale³⁸.

La giurisprudenza precedente, invece, aveva fortemente limitato l'azionabilità dello strumento di cui all'art. 267 TFUE da parte del giudice costituzionale. Inoltre, i rari

³⁶ Con la specificazione che mentre gli obiettivi e i valori posti dall'art. 2 TUE (fra i quali vi è il «rispetto dei diritti umani»), benché non abbiano effetto diretto, vincolino *in toto* gli Stati membri; gli Stati membri non sono vincolati ai diritti fondamentali quali espressi nell'art. 6, par. 1 TUE se non in sede di «attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51, par. 1 CDUE).

³⁷ Cfr., in ordine di tempo, il rinvio della Corte costituzionale belga, all'epoca denominata *Cour d'arbitrage* la quale effettuerà il primo rinvio con un'ordinanza del 19 febbraio del 1997 decisa dalla Corte di giustizia (C-93/97) con sentenza del 16 luglio 1998; dell'Austria, il cui *Verfassungsgerichtshof* emanerà la prima delle sue quattro ordinanze di rinvio il 10 marzo del 1999, decisa dalla Corte di giustizia (C-143/99) con la sentenza 8 novembre 2001 (per gli altri ricorsi v. sentt. CGCE, C-465/00, C-138/01, C-139/01, C-171/01); della Lituania, la cui Corte costituzionale (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*) effettua il suo primo ed unico rinvio l'8 maggio 2007, decisa dalla Corte di Lussemburgo (C-239/07) con la sentenza 9 ottobre 2008; dell'Italia, con un primo rinvio del 13 febbraio 2008 e un secondo del 18 luglio 2013, la prima decisa dalla Corte di giustizia (C-239/07) con la sentenza 9 ottobre 2008, la seconda decisa con sentenza del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13); della Spagna, il cui Tribunal constitucional con l'ord. ATC 86/2011 reso nell'ambito di un *recurso de amparo*, del 9 giugno 2011, deciso dalla Corte di giustizia (C-399/11) il 26 febbraio 2013; di Malta, la cui *Qorti Kostituzzjonali* ha emanato un provvedimento di rinvio il 17 gennaio 2012 decisa dalla Corte di giustizia (C-71/12) con sentenza del 27 giugno 2013; della Francia, il cui *Conseil constitutionnel* effettua il suo primo e unico rinvio il 4 aprile 2013 deciso dalla Corte di giustizia (C-168/13 PPU) con sentenza del 30 maggio 2013; della Germania, il cui *Bundesverfassungsgericht* ha reso la sua prima ordinanza di rinvio con ordinanza del 14 gennaio 2014 in corso di decisione (C-62/14). Si noti, in particolare, il rinvio pregiudiziale operato dall'*High Court* irlandese (C-293/12) e del *Verfassungsgerichtshof* austriaco (C-594/12) deciso dalla Grande Sezione l'8 aprile 2014. In tale sentenza la Corte, su indicazione delle supreme corti nazionali rinvianti, ha annullato l'intera Direttiva 2006/24 per violazione dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali (artt. 7 e 8 CDFUE) scegliendo così di operare come vero e proprio "giudice costituzionale dell'Unione" (CARTABIA 2014b: 3). Per un quadro completo dei rinvii pregiudiziali operati da tutte le autorità giurisdizionali interne si v. le *Relazioni annuali della Corte di giustizia*, reperibili su curia.europa.eu.

³⁸ Cfr. *infra*.

casi di apertura³⁹ erano stati prontamente smentiti dalla giurisprudenza successiva⁴⁰ con la quale la Corte “aveva addirittura negato di poter essere considerata ‘giurisdizione nazionale’ ai fini dell’allora art. 177 del TCE (poi 234 e oggi 267 TFUE), richiamando ... il contestabile ed isolato precedente di cui alla sentenza n. 13 del 1960”⁴¹.

Come si è detto, però, la Corte costituzionale ultimamente ha finalmente ritenuto di “poter e dover far uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia”⁴² e questa apertura ha coinvolto, dapprima, l’ambito dei giudizi in via principale (sentenze n. 102 e n. 103 del 2008), poi, con un apprezzabile *revirement*⁴³, anche l’ambito dei giudizi in via incidentale (sent. n. 207 del 2013)⁴⁴.

³⁹ Cfr. sentenza n. 168 del 1991 dove, in proposito alla possibilità per la Corte di definirsi “autorità giurisdizionale” -seppur in un *obiter dictum*- affermava: “ferma restando la facoltà di sollevare anch’essa questione pregiudiziale di interpretazione”.

⁴⁰ V. in particolare con la sentenza n. 13 del 1960, secondo la quale la Corte non può “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali” e sentenza n. 536 del 1994, nella quale si legge “che detto giudice comunitario non può essere adito - come pur ipotizzato in una precedente pronuncia (sentenza n. 168 del 1991, cit.) - dalla Corte costituzionale, la quale “esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni (sentenza n. 13 del 1960)”.

⁴¹ Si v. CALVANO (2014: 4780).

⁴² Così CARTABIA (2014b: 20).

⁴³ Nel primo caso di rinvio da parte della Corte, aveva infatti affermato che fosse «opportuno sollevare questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia CE ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE [poiché] in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia» (Cfr. ord. 103/2008).

⁴⁴ Sul secondo rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia si è espressa con la sentenza del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13), con la quale ha espresso la contrarietà al diritto dell’Unione (accordo quadro allegato alla direttiva n. 70 del 1999 sulla prevenzione di abusi nell’utilizzo di contratti a tempo indeterminato) della disciplina nazionale sui contratti a termine nel comparto scuola (docenti e personale ATA) in quanto la normativa italiana non prevede misure di prevenzione rispetto al ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, non essendo ravvisabile una “ragione obiettiva” ex art. 5 dell’accordo quadro («circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e nel peculiare contesto giustificano la successione di contratti a tempo determinato») e non essendo giustificabile con le mere esigenze di flessibilità («il rinnovo di contratti... a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma al contrario permanente e durevole, non è giustificato» v. sent. CGUE 26 novembre 2014).

Stesso percorso hanno vissuto anche le più restie tra le Corti costituzionali degli stati membri dell'UE, che negli ultimi anni hanno superato le iniziali riserve sollevando questioni pregiudiziali⁴⁵.

Ebbene, il rinvio pregiudiziale è, ad oggi, l'unica via attraverso la quale le Corti interne possono divulgare oltre i confini nazionali il bagaglio di valori costituzionali che consentirebbe la concreta conoscenza delle "tradizioni costituzionali comuni" da parte della Corte di Giustizia⁴⁶.

Con la domanda di pronuncia pregiudiziale, infatti, il giudice nazionale diventa parte di "percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario" (CONTI, 2013: 25). Come sottolineato dall'Avvocato generale Colomer "la giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l'autonomia istituzionale degli Stati membri"⁴⁷ e infatti, come è stato acutamente notato, tale meccanismo, oltre ad abituare il giudice nazionale ad "adottare modelli di ragionamento e tecniche argomentative nuove o, quantomeno di ampio respiro", ha anche il merito di consentire "al giudice statale di proporre una propria interpretazione del diritto comunitario...mettendo il giudice del Lussemburgo a parte delle sensibilità interne" (GUARNIER 2014: 307).

Quanto finora esposto induce a riflettere su quale sia, allo stato attuale, il ruolo effettivamente ricoperto dalle Corti costituzionali nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁵ Si v. i già richiamati rinvii pregiudiziali del Tribunale costituzionale spagnolo, del Consiglio costituzionale francese e del Tribunale federale costituzionale tedesco. Per un'analisi comparata si v. PASSAGLIA (2010).

⁴⁶ Di uno strumento parzialmente assimilabile si è dotata la Corte di Strasburgo, si v. il Protocollo 16 che si perfezionerà a seguito del deposito di almeno dieci strumenti di ratifica da parte degli Stati Contraenti, e determinerà la possibilità per le "più alte giurisdizioni nazionali" di richiedere alla Corte europea delle *advisory opinions* su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU nell'ambito di una causa pendente davanti ad esse. Sulle affinità e le divergenze con il rinvio pregiudiziale si v. CONTI, (2014).

⁴⁷ Cfr. causa C-205/08, conclusioni del 25 giugno 2009.

Il rinvio pregiudiziale, infatti, “potrebbe essere utilizzato come canale di ‘esportazione’ di principi costituzionali a livello europeo, piuttosto che come via di ‘importazione’ soltanto” (CARTABIA, 2008: 1317). In questo modo le Corti costituzionali, da un lato, avrebbero la possibilità di ricoprire una posizione determinante nel dialogo tra i giudici quanto alla definizione della portata e della tutela dei diritti fondamentali e, d’altro canto, gli Stati membri potrebbero accettare ed eseguire con maggior consapevolezza il sindacato della Corte di giustizia, piuttosto che vederlo come un’invasione delle sovranità statali.

Il secondo strumento, elaborato da un gruppo di studiosi del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* di Heidelberg, offre al singolo la possibilità di vedere tutelato dal giudice di Lussemburgo il proprio diritto fondamentale leso, senza che questo importi violazione dell’art. 51, par. 1 CDFUE.

Il cittadino che ritenga violato il godimento reale ed effettivo dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell’Unione, secondo la lettura offerta dagli studiosi tedeschi, potrebbe ricorrere al giudice invocando la violazione degli artt. 2 TUE e 20 TFUE. Secondo il gruppo di Heidelberg in questo modo si garantirebbe il rispetto dei limiti previsti dell’art. 51, par. 1 CDFUE in quanto “gli Stati membri rima[rrebbero] autonomi nella protezione dei diritti fondamentali *fintantoché (Solange)* si p[ossa] presumere che essi assicurino l’essenza dei diritti fondamentali consacrati dall’art. 2 TUE” (VON BOGDANDY ET AL., 2012: 937). Qualora, però, vi fosse una violazione tanto grave da dover ritenere superata la presunzione di rispetto dell’art. 2 TUE “gli individui potrebbero basarsi sul proprio *status* di cittadini dell’Unione per domandare ristoro innanzi alle corti nazionali” (VON BOGDANDY ET AL. 2012: 937)⁴⁸.

In altre parole, in presenza di una violazione di diritti fondamentali a livello nazionale che comportasse “uno svuotamento del significato pratico della cittadinanza dell’Unione” (VON BOGDANDY ET AL. 2012: 957) la protezione europea potrebbe

⁴⁸ *Ibidem*. Gli A. parlano di “reverse Solange” proprio perché, come nella nota sentenza (*BVerfGE* 37, S. 271 ff.) con la quale il Tribunale federale costituzionale tedesco aveva affermato il divieto di intervento per gli Stati nella sfera di autonomia del diritto UE *fintanto che* l’Unione e la Corte di Giustizia assicurino una efficace protezione del contenuto essenziale dei diritti, così le istituzioni europee possono applicare una Solange “ribaltata” nei confronti degli Stati membri quando ritengano che sia stata superata dagli stati la presunzione di tutela dei diritti previsti dall’art. 2 TUE.

intervenire a omogeneizzare e salvaguardare la tutela dei diritti fondamentali⁴⁹. Esclusi questi casi, l'intervento sarebbe rimesso esclusivamente ai giudici nazionali o tutt'al più alla Corte di Strasburgo (che si occupa esclusivamente di diritti fondamentali e non risente delle limitazioni competenziali della Corte di Lussemburgo).

A tale proposta si muove la critica di "affidare le sorti del rispetto dei diritti fondamentali in maniera quasi esclusiva alla Corte di giustizia" (Russo, 2014: 15) con la conseguenza che la costruzione giurisprudenziale di un nucleo duro potrebbe "incidere sulla dialettica esistente tra le strutture costituzionali degli Stati membri, la cui identità è garantita dall'art. 4.2 TUE" (Russo 2014: 18) e comportare l'irrigidimento delle normative statali⁵⁰.

Per parte nostra, pur non ritenendo soddisfacente l'assetto attuale dell'Unione europea che vede rimessa alla giurisprudenza casistica della Corte di giustizia la salvaguardia dei diritti fondamentali, riteniamo sia il caso di considerare che anche l'ipotesi contraria, ovvero la omogeneizzazione normativa a livello europeo potrebbe logorare la ricchezza costituita dalla specificità delle tutele apprestate a livello nazionale e dalle diverse interpretazioni dei diritti fondamentali fornite tradizionalmente nei singoli Stati (CARTABIA 2005: 607 ss.).

5.- Conclusioni

Per i motivi sopra esposti, nonostante non manchino minacce in agguato, al momento le uniche strade percorribili, a nostro avviso, sono quelle poc'anzi esplicitate.

⁴⁹ Difatti "un cittadino dell'Unione non può basarsi sui diritti fondamentali garantiti dall'UE finché si può presumere che la loro rispettiva essenza sia salvaguardata nello stato membro interessato (...) qualora questa presunzione sia superata, entra in gioco la "sostanza" della cittadinanza dell'Unione – nel senso della causa *Ruiz Zambrano*" (VON BOGDANDY ET AL. 2012: 958)

⁵⁰ In questo senso VAN EIJKEN E DE VRIES (2011: 719) rilevano: "*during the proceedings in Ruiz Zambrano, the relevant Belgian law was revised, so that situations such as that occurring in Ruiz Zambrano would be prevented in the future. According to the new law, persons born in Belgium who would potentially become stateless do not acquire Belgian nationality if, owing to an administrative procedure or registration, the baby would be able to obtain the nationality of their country of origin. Similarly, the nationality laws of Ireland were revised after the Court's judgment in Chen, in order to limit the possibilities for non-Irish nationals to acquire Irish nationality*".

Tali vie, ancorché carenti per alcuni aspetti, hanno il pregio di salvaguardare la sfera di autonomia statale e la tutela delle identità nazionali e l'attitudine di promuovere la tutela dei diritti fondamentali in sede europea.

Nel primo caso si tratterebbe di superare, come già in parte fatto, la "ritrosia" dei giudici nazionali e di sfruttare lo strumento del rinvio pregiudiziale in una logica di tipo "essenzialmente cooperativo" (SCODITTI, 2009: 10), attraverso la quale creare un "flusso bidirezionale" (CARTABIA, 2008: 1317) che assicuri la presenza propositiva oltre i confini statali delle tradizioni costituzionali nazionali.

Nel secondo caso, invece, attraverso una "reverse Solange" si potrebbe consentire all'Unione di intervenire nelle cc.dd. questioni interne solo ed esclusivamente in casi eccezionali che comportino un *vulnus* all'effettività dello *status* di cittadino europeo. La dottrina dei cc.dd. controlimiti e quella c.d. Solange⁵¹ hanno svolto un ruolo cruciale nell'integrazione europea arginando la minaccia di un possibile sindacato sulla legislazione dell'UE sulla base dei diritti fondamentali, sottolineandone il carattere eccezionale ed eventuale e, indirettamente, influenzando la giurisprudenza di Lussemburgo la quale, con lo spettro di un "blocco" nazionale, ha affinato la propria tecnica decisoria in materia di diritti fondamentali⁵². Per questo si può immaginare che la possibilità di un intervento europeo in caso di violazioni gravi dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 TUE potrebbe tanto incentivare gli Stati ad apprestare maggiori

⁵¹ Ci si riferisce alle notissime sentenze del Tribunale federale costituzionale tedesco *Solange I* del 29 maggio 1974 e *Solange II* del 22 ottobre 1986. Per la teoria dei controlimiti si v. le altrettanto famose sentenze della Corte costituzionale italiana nn. 183/1973 *Frontini*, 170/1984 *Granital* e, da ultimo, n. 238/2014. Pur non essendo questa la sede opportuna per approfondire tali pronunce, non si può sottacere della portata dirompente della recentissima sent. 238 del 22 ottobre 2014. In tale sentenza per la prima volta la Corte fa espresso uso dei controlimiti nei confronti di norme internazionali in materia di crimini internazionali e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dei tribunali interni. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 24 della Costituzione, di due disposizioni legislative che davano attuazione in Italia alle immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Peculiare la dichiarazione di incostituzionalità, attraverso una sentenza interpretativa di accoglimento, della legge di esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite nella parte in cui, recependo l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012.

⁵² Cfr. VON BOGDANDY ET AL. (2012: 964-965) i quali richiamano, come emblematico, il caso *Kadi* dove la Corte ha saputo resistere ad una «pressione politica notevole da parte delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri».

garanzie in capo ai singoli quanto promuovere una più proficua integrazione europea⁵³.

In conclusione, il dialogo tra le corti è il moderno strumento di cooperazione tra giudici e realtà socio-culturali variegate: tale congegno può costituire il più evoluto modello di protezione dei diritti fondamentali, ma richiede un costante bilanciamento di interessi e una fiducia reciproca tra gli interlocutori istituzionali che può svilupparsi, in attesa di nuovi approdi normativi, attraverso un attento uso di meccanismi già esistenti nell'ordinamento europeo.

Riferimenti bibliografici

ALBI, Anneli (2009) "Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums", in *European Law Journal*, Vol. 15, n. 1, gennaio 2009, pp. 46–69

ATRIPALDI, Vincenzo -MICCÙ, Roberto "L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea", Padova, 2003

CALVANO, Roberta (2014) "L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione europea", in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6

CAPONI, Giulia CAPUOZZO, Valentina DEL VECCHIO, Ilaria SIMONETTI, Alice (2014) "Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra coluri costituzionali europei e teoria dei controlimiti", in *Federalismi.it*, n. 24.

CARAVITA, Beniamino (2014) "Il federalizing process europeo", in *Federalismi.it*

⁵³ D'altra parte, la Corte di giustizia ha dimostrato ancora una volta di non essere troppo "dialogante" con le Corti costituzionali. Si v., ad es., il noto caso *Melloni*, dove su rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo e se pur in presenza di giudicato nazionale che favoriva il soggetto rispetto alla normativa europea, la Corte di giustizia non ha esitato a garantire il corretto funzionamento del MAE (mandato di arresto europeo) frustrando i diritti fondamentali del singolo (Il caso *Melloni* trova origine nel rinvio pregiudiziale sollevato *dal Tribunal Constitucional* alla Corte di giustizia UE con ordinanza, n. 86/2011, del 9 giugno, poi deciso dalla Corte di Giustizia con sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C 399/11; infine conclusosi con la sentenza del Tribunale costituzionale, n. 26/2014, del 13 febbraio 2015).

- CARETTI, Paolo (2009) "La cittadinanza europea: spunti di riflessione dalla prassi", in *Studi in onore di Giuseppe G. Floridia*, Napoli
- CARTABIA, Marta (2014a) "Commento all'art. 4, par. 2 TUE", in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano: Giuffr , pp. 23 ss.
- ID., (2014b) "La tutela multilivello dei diritti fondamentali - evoluzioni della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - Bozza per l'incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014", reperibile nella sezione Relazioni internazionali del sito www.cortecostituzionale.it
- ID. (2008) "La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo", in *Giur. cost.*, pp. 1313-1314.
- ID. (2007) "L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea", in Id., (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna: il Mulino, pp. 13-66
- ID. (2005) "Unita nella diversit : il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali", in *Dir. un. eur.*, 3, pp. 607 ss.
- ID. (1995) "Cittadinanza europea, in *Enciclopedia giuridica*", Roma
- CELOTTO, Alfonso PISTORIO, Giovanna (2004) "L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)", in *Giur. it.*, pp. 427 ss.
- CIAMPI, Carlo Azeglio "Discorso Presidente della Repubblica a Lipsia il 6 luglio 2000", in <http://www.quirinale.it/qrnw/statico/ex-presidenti/ciampi/dinamico/discorso.asp?id=12719>
- CONTI, Roberto (2014) "La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea", in *Consulta Online*, 16 maggio 2014.
- ID. (2013) "Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria", in questionegiustizia.it

- FANCIULLO, Daniela (2015) *Il Parere 2/13 della Corte di Giustizia: la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, in *Federalismi.it*, 3 aprile 2015
- GALLO, Daniele (2012) "La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea", in *Giornale di diritto amministrativo*, vol 1, pp. 39 ss.
- GREER, Steven e WILLIAMS, Andrews (2009) "Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?", in *European Law Journal*, Vol. 15, N. 4, July 2009, pp. 462–481
- GREMENTIERI, Valerio (1979) "Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa", in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. 2, Milano: Giuffr , pp. 969-977
- GUARNIER, Tatiana (2014) "Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificit  e problema dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato", Napoli
- ID. (2012) "Cittadinanza e unit . Della disposizione di un dispositivo performativo", in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2012
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (2014) "Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?", in *European Law Journal*, vol. 20, n. 4, pp. 464-481
- KUMM, Mattias (2010) "Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm" in Maduro, Azoulay (a cura di) *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome*, Oxford and Portland: Hart, pp. 106-118
- LOLLO, Andrea (2012) "Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione", in *Consulta Online*
- LUCIANI, Massimo (2006) "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", in *Giur. Cost.*, 51, pp. 1643-1668.
- MARTINICO, Giuseppe (2012) "The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe", London: Routledge

ONIDA, Valerio “«Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 549 ss.

PACE, Alessandro (2001) “A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari”, in *Giur. Cost.*, pp. 194 ss.

PASSAGLIA, Paolo (a cura di) (2010) “Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia”, in *Cortecostituzionale.it*, aprile 2010.

PERNICE, Ingolf (1996) “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?”, in *Comm. Mark. Law Rev.*, p. 703 ss.

ROSSI, Lucia Serena (2002) “Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento comunitario”, in *Quad. Cost.*, pp. 565-576

RUSSO, Anna Margherita (2014) “La cittadinanza «sostanziale» dell’Ue alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una «reverse Solange»?”, in *federalismi.it*

SCODITTI, Enrico (2009) “Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale”, in *europeanrights.eu*, 18 maggio 2009

VAN EIJKEN, Hanneke e DE VRIES, Sybe (2011) “A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano”, in *European Law Review*, 36, pp. 704-721

VON BOGDANDY, Armin KOTTMANN, Matthias ANTPÖHLER, Carlino DICKSCHEN, Johanna HENTREI, Simon and SMRKOLJ, Maja (2012) “Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States”, in *Common Market Law Review*, pp. 489-520, trad. It. “Solange ribaltata –proteggere l’essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell’UE”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, pp. 954-957

WILKINSON, Michael A. (2013) “Political Constitutionalism and the European Union”, in *The Modern Law Review*, 2, pp. 191-222

CIUDADANÍA “POST-NACIONAL” E IDENTIDAD EUROPEA: LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA

Leyre Burguera Ameave

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Sumario:

- 1.- Introducción.
 - 2.- La participación como fundamento de la ciudadanía europea.
 - 3.- Configuración normativa e implementación de la Iniciativa ciudadana europea.
 - 4.- Consideraciones críticas y retos de futuro.
 - 5.- A modo de conclusión.
- Referencias bibliográficas.

Resumen en español

CIUDADANÍA “POST-NACIONAL” E IDENTIDAD EUROPEA: LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA

Desde hace años venimos asistiendo a un proceso de construcción de la ciudadanía europea basado en un enfoque nacional meramente agregativo que ha resultado ser ejemplo y síntoma de la propia evolución política de la Unión Europea (UE). No obstante, con el rediseño institucional articulado gracias a la aprobación del Tratado de Lisboa, la UE ha configurado una nueva herramienta de democracia participativa transnacional, la iniciativa ciudadana europea, que permite devolver al ciudadano su protagonismo como agente de cambio y de legitimación del proceso de construcción europeo. De ahí que sea de sumo interés analizar la iniciativa ciudadana europea en el proceso legislativo como una oportunidad para lograr una europeización horizontal, capaz de integrar a todos los ciudadanos bajo una concepción inclusiva de identidad europea.

Abstract in italiano

CITTADINANZA "POST-NAZIONALE" E IDENTITÀ EUROPEA: INIZIATIVA DEI CITTADINI EUROPEI

Per anni abbiamo assistito a un processo di costruzione di cittadinanza europea basato su un approccio nazionale puramente aggregativo che ha dimostrato di essere un esempio e sintomo della evoluzione politica dell'Unione europea stessa (UE). Tuttavia, il ridisegno istituzionale articolato attraverso l'adozione del Trattato di Lisbona, l'UE ha fissato un nuovo strumento di democrazia partecipativa transnazionale, l'iniziativa dei cittadini europei (ECI), che consente di restituire ai cittadini al loro ruolo di agenti di cambiamento e di legittimazione del processo di costruzione europea. Quindi, è di grande interesse analizzare la ECI nel processo legislativo come un'opportunità per conseguire un'europeizzazione orizzontale, capace di integrare tutti i cittadini sotto un concetto inclusivo dell'identità europea.

Abstract in English

CITIZENSHIP "POST-NATIONAL" AND EUROPEAN IDENTITY: THE EUROPEAN CITIZENS INITIATIVE

For years we have been witnessing a process of building European citizenship based on a purely aggregative national approach which has proven to be an example and symptom of the political evolution of the European Union (EU). However, with the institutional redesign articulated through the adoption of the Lisbon Treaty, the EU has set up a new tool of transnational participatory democracy, the European citizen's initiative, which allows citizens to return to their role as agents of change and legitimacy of the process European construction. Hence, it is of great interest to analyze the ECI in the legislative process as an opportunity to achieve a horizontal Europeanization, capable of integrating all citizens under an inclusive concept of European identity.

Desde hace años venimos asistiendo a un proceso de construcción de la ciudadanía europea basado en un enfoque nacional meramente agregativo que ha resultado ser ejemplo y síntoma de la propia evolución política de la Unión Europea (UE). No obstante, con el rediseño institucional articulado gracias a la aprobación del Tratado de Lisboa, la UE ha configurado una nueva herramienta de democracia participativa transnacional, la iniciativa ciudadana europea, que permite devolver al ciudadano su protagonismo como agente de cambio y de legitimación del proceso de construcción europeo. De ahí que sea de sumo interés analizar la iniciativa ciudadana europea en el proceso legislativo como una oportunidad para lograr una europeización horizontal, capaz de integrar a todos los ciudadanos bajo una concepción inclusiva de identidad europea.

1.- Introducción

La iniciativa ciudadana europea (en adelante ICE) es un mecanismo de participación transnacional arbitrado por la Comisión que permite una mayor percepción integradora de la ciudadanía europea pero no constituye una herramienta de democracia directa ni logra solventar los problemas de legitimidad democrática de la Unión.

Esta inicial y rotunda afirmación se sustenta en el convencimiento de que la imposibilidad fáctica de alcanzar estos objetivos se debe a que en su base se encuentra el verdadero problema de la Unión Europea (en adelante UE): la indefinición de su naturaleza.

Siendo un lugar común ampliamente reiterado por la doctrina preguntarse si la UE constituye un Estado supranacional o una unión de Estados, considero importante recordar esta disyuntiva porque incide de modo directo en la configuración de su sustrato personal: la ciudadanía. A mi juicio, no resulta inane cuestionar el tipo de ciudadanía que puede conformarse en una entidad que no es un Estado, y en relación directa con ella, las formas de participación que debieran arbitrase.

A día de hoy estimo que la ICE, tal y como ha quedado configurada formalmente, se erige en una incipiente herramienta de participación transnacional que puede cumplir dos importantes y limitadas funciones:

- Crear, fomentar y consolidar una verdadera opinión pública europea no meramente agregativa de voluntades nacionales.
- Incidir de modo directo en la agenda política y mediática de Europa, estableciendo y estimulando debates sobre cuestiones que realmente preocupen a la sociedad en su conjunto.

No obstante, en este trabajo quisiera dar un paso más y plantear poner en conexión estos dos quehaceres con un objetivo más ambicioso: ver en este instrumento una vía indirecta pero más sencilla de lograr una europeización horizontal capaz de permitir recobrar fuerza a una sociedad civil que se conciba asimismo como ciudadanía europea. Para ello, cabe analizar la ICE como una oportunidad de participación ciudadana, concebida gracias al rediseño institucional del Tratado de Lisboa, que merece atención y estudio.

2.- La participación como fundamento de la ciudadanía europea

A juicio de RUIZ MIGUEL, la noción de ciudadanía es ambigua ya que puede aludir tanto “a la pertenencia a una determinada comunidad política, donde tiene el amplio significado de nacionalidad en oposición a extranjería, como a la capacidad de participación política en un régimen democrático, que define al ciudadano en sentido estricto en contraposición al súbdito” (RUIZ MIGUEL, 2008:93).

Es precisamente la segunda acepción la que destacamos y nos sirve de punto de partida para situar el marco de análisis de este trabajo que comienza por entender el concepto de ciudadanía no como un mero sustrato personal de una entidad sino como un status en la línea con lo que han postulado Mashall y Habermas. Éste último estima que esta noción inclusiva y activa de la ciudadanía en la comunidad de la que forma parte, le permite no ser un mero agente receptor de beneficios sino tener capacidad de influencia en la transformación democrática de su propia situación (HABERMAS: 1993, 79).

Los derechos de participación política del ciudadano fundamentan su posición jurídica en la sociedad y le posibilitan tomar parte activa en el proceso de formación de una voluntad colectiva. De ahí que la ICE, concebida como herramienta de

participación transnacional, puede contemplarse como un vehículo de conexión o vínculo de los ciudadanos con las instituciones europeas, aumentando su capacidad de integración y la propia legitimación social de sus organismos. Desde esta perspectiva, y destacando su carácter instrumental (que ya en su día tuvieron el derecho de petición o el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo) al servicio de la consecución de una identidad europea conformada desde la participación en las instituciones, es posible, a mi juicio, ver en este mecanismo una oportunidad.

De este modo, descartamos concebirla como una herramienta de democracia directa por cuanto a día de hoy, y tal y como está establecido el entramado institucional europeo, es difícil sostener incluso su premisa: la existencia de un demos, un pueblo, en el que las distintas ciudadanías europeas se reconozcan.

Es, por tanto, exigible apelar a un enfoque vertical del proceso de construcción de la identidad europea, dirigiendo los esfuerzos hacia un rediseño institucional que permita una mayor integración ciudadana en la edificación de la UE. Para ello es necesario orientar las voluntades políticas hacia la configuración *ex novo* de una identidad que permita superar las narrativas históricas de cada Estado nacional. A juicio de Habermas, este objetivo no es imposible de lograr si aceptamos la premisa inicial de que la conciencia nacional es (en la forma de una naturalidad creada artificialmente) una formación de la conciencia enteramente moderna y que la historia nacional se construyó con la ayuda de juristas, historiadores, lingüistas, etc., y se produjo soterradamente gracias a los procesos educativos, a los medios de comunicación, etc. (HABERMAS, 2006: 79-80). Así pues, cabe plantearse si en las actuales circunstancias ese proceso de aprendizaje de una identidad europea es posible, y para este autor lo es, siempre y cuando se cumplan unos supuestos empíricos: “a) es necesario que exista una sociedad de ciudadanos europeos; b) hay que construir un espacio público político que abarque a toda Europa, y c) hay que crear una cultura política que pueda ser compartida por todos los ciudadanos de la Unión Europea” (HABERMAS, 2004: 126).

Evidentemente esto conlleva un proceso de aprendizaje lento y complejo que debe superar la denominada por Habermas como integración funcional, que ha sido la

fórmula empleada hasta ahora para la conformación de la UE, y que ha consistido en una suerte de inercia intergubernamental a favor de una Unión política en la que no se han anticipado debidamente ni consecuencias ni resultados, y donde tampoco se han asumido responsabilidades. En contraposición, este autor aboga por favorecer “una integración normativa de los ciudadanos que hiciese posible que los objetivos se fijasen en común por encima de las fronteras nacionales” (HABERMAS, 2006: 71-72). Para lograrlo, sería necesario un nuevo escenario donde se pueda dar la confluencia de distintas anticipaciones (una Carta Europea que anticipe las competencias que tendría una futura Constitución europea, unos partidos políticos que debatieran sobre asuntos europeos sentando las bases para conformar verdaderos partidos europeos, una opinión pública europea que de voz a una sociedad civil europea, etc.) que en un proceso circular de apoyo y estímulo mutuo, sentase las bases para la consecución de una conciencia europea común capaz de crear una democracia posnacional (HABERMAS, 2000: 133-134).

A mi juicio, este escenario es factible crearlo a partir de la conexión de la dimensión política de la ciudadanía con un proyecto político de futuro, con un *ethos* basado en la acción, que impulse la presencia activa de la ciudadanía en la toma de decisiones de las instituciones europeas. En este sentido, deben desecharse la apelación a valores abstractos de escasa singularidad y proyección, e incentivarse una cultura política que prime una reconfiguración de las instituciones próximas al ciudadano. En este contexto de futuro, la participación activa ciudadana en el entramado institucional debe ser una prioridad para que Europa se conecte con la realidad. Es por ello, que la ICE es una oportunidad limitada pero no desdeñable que merece ser analizada a continuación.

3.- Configuración normativa e implementación de la Iniciativa ciudadana europea

Como ha señalado Bilbao, la idea de una ICE, como derecho de participación político reconocido a los ciudadanos europeos, no es nueva, ya que se pueden rastrear sus antecedentes en diferentes propuestas a lo largo de los últimos veinte años, aunque fue el artículo I-47 (4) del Tratado que establece una Constitución para Europa, el que estableció formalmente, y por primera vez, esta herramienta transnacional de

democracia directa en términos casi idénticos a la actual regulación (salvo el inciso final que sustituyó al originario “en aplicación a la Constitución” por “en aplicación de los Tratados”) (BILBAO UBILLOS, 2012:50-53).

En concreto, la aprobación del Tratado de Lisboa ha dispuesto que todo ciudadano tenga derecho a participar en la vida democrática de la Unión mediante la figura de la iniciativa ciudadana europea. Un importante paso en la construcción horizontal europea que denota la importancia del poder legislativo como vector de unión.

Respecto al marco legislativo en el que se inscribe la iniciativa ciudadana europea, cabe destacar, en primer lugar, que nos encontramos ante un derecho contemplado en el artículo 11.4 del Tratado de la Unión Europea cuyo ejercicio, procedimientos y requisitos ha sido desarrollado a través del Reglamento (UE) nº 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 y del Reglamento de Ejecución (UE) nº 1179/2011 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2011, por el que se establecen especificaciones técnicas para sistemas de recogida de apoyos a través de páginas web.

Se trata de un proceso de conformación de la iniciativa legislativa ciudadana que se articula en torno a unos sencillos pasos (7) que, a continuación, brevemente detallaré:

1. Preparación y establecimiento del comité de ciudadanos:
 - Las iniciativas deben plantearse a propuesta de un comité de ciudadanos, integrado por siete o más ciudadanos de la UE que tengan edad suficiente para votar en las elecciones al Parlamento Europeo (18 años excepto en Austria, donde se vota a partir de los 16) y residan en al menos siete Estados miembros distintos. Aunque no se exige que sean ciudadanos de siete Estados miembros diferentes, sí deben tener la nacionalidad de algún Estado miembro de la UE.
 - Este comité se considera como “organizador” oficial de la iniciativa y es el responsable de gestionarla a lo largo de todo el procedimiento.
 - El comité debe designar de entre sus miembros a un representante y un sustituto que hablen y actúen en nombre del comité. Serán las personas de contacto

que servirán de puente entre el comité de ciudadanos y la Comisión a lo largo de todo el procedimiento. Los diputados al Parlamento Europeo no pueden contabilizarse para alcanzar el mínimo de siete ciudadanos requerido para constituir un comité ciudadano.

2. Registro de la iniciativa propuesta (plazo máximo 2 meses). Para poder inscribir su iniciativa en el registro, los organizadores deben facilitar la siguiente información en una de las lenguas oficiales de la UE:

- El título de la iniciativa ciudadana propuesta (máximo 100 caracteres).
- Su objeto (máximo 200 caracteres).
- Los objetivos de la iniciativa sobre la que la Comisión debe decidir (máximo 500 caracteres).
- Las disposiciones de los Tratados consideradas pertinentes por los organizadores de la acción propuesta.
- El nombre completo, la dirección postal, la nacionalidad y la fecha de nacimiento de los siete miembros del comité de ciudadanos, indicando específicamente el representante y el sustituto, así como sus direcciones de correo electrónico y números de teléfono.
- Documentos que demuestren el nombre completo, la dirección postal, la nacionalidad y la fecha de nacimiento de cada uno de los siete miembros del comité de ciudadanos.
- Todas las fuentes de financiación y apoyo a la iniciativa ciudadana propuesta (conocidas en el momento del registro) superiores a 500 euros por año y patrocinador.

3. Certificación del sistema de recogida a través de páginas web (plazo máximo 1 mes). Los organizadores que deseen recoger declaraciones electrónicas de apoyo deben crear un sistema de recogida a través de páginas web, accesible a través de su sitio web, que se ajuste a los requisitos técnicos y de seguridad contemplados en el artículo 6.4 del Reglamento sobre la iniciativa ciudadana, así como a las especificaciones técnicas detalladas que se establecen en un Reglamento específico (Reglamento de Ejecución (UE) nº 1179/2011 de la Comisión). El objeto de dichos requisitos es

garantizar, en particular, la seguridad de la recogida de los datos y de su almacenamiento en el sistema.

Cuando hayan creado un sistema de recogida a través de páginas web que cumpla plenamente los requisitos señalados más arriba, los organizadores deberán solicitar su certificación por la autoridad nacional competente del Estado miembro en el que se vayan a almacenar los datos. Para ello, tendrán que facilitar a la autoridad competente la documentación necesaria.

4. Recogida de declaraciones de apoyo electrónicas o en papel (plazo máximo 12 meses). Una vez confirmada la inscripción de la iniciativa propuesta, los organizadores pueden empezar a recoger las declaraciones de apoyo de los ciudadanos. Dispondrán de 12 meses para obtener el millón de declaraciones exigidas, alcanzando los mínimos establecidos en al menos siete Estados miembros.

5. Verificación de las declaraciones de apoyo (plazo máximo 3 meses). Tras recoger las declaraciones de apoyo necesarias, los organizadores deben pedir a las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros donde se haya llevado a cabo la recogida que certifiquen el número de declaraciones válidas obtenidas en cada Estado.

6. Presentación de la iniciativa ante la Comisión. Tras haber obtenido de las autoridades nacionales competentes los certificados (siete como mínimo) que acreditan la recogida del número necesario de declaraciones de apoyo (un millón en total, alcanzando los mínimos establecidos en al menos siete Estados miembros), los organizadores pueden presentar su iniciativa ante la Comisión, junto con la información relativa a los apoyos y la financiación que hayan recibido.

7. Examen, audiencia pública en el Parlamento Europeo y respuesta de la Comisión (plazo máximo 3 meses). En el plazo de tres meses a partir de la presentación de la iniciativa los organizadores se reunirán con representantes de la Comisión para explicar detalladamente las cuestiones que plantea su iniciativa y lo podrán hacer en

una audiencia pública organizada en el Parlamento Europeo. La Comisión aprobará un documento oficial que especifique, si las hay, las medidas que tenga la intención de proponer en respuesta a la iniciativa ciudadana y los motivos por los que haya decidido actuar o no hacerlo.

Por último, si finalmente la Comisión decide seguir adelante con la iniciativa, se pondría en marcha el procedimiento legislativo.

Respecto a su implementación, recientemente, y en cumplimiento del art. 22 del Reglamento nº 211/2011, la Comisión ha elaborado un informe que ha presentado ante el Parlamento Europeo y el Consejo, en el que hace balance de la puesta en marcha y el funcionamiento de la ICE destacando que, pese a su plena y satisfactoria aplicación, resulta necesario mejorar algunos aspectos técnicos y de naturaleza política (entre otros: la falta de personalidad jurídica de los comités de ciudadanos, la necesaria simplificación y unificación de los procesos de recogida y verificación de firmas, la ausencia de un plazo específico para presentar ante la Comisión la iniciativa que ha obtenido apoyos suficientes, etc.)¹. En esta línea, también cabe destacar los estudios y conclusiones sobre esta materia elaborados por el Parlamento Europeo, el Defensor del Pueblo Europeo y el Comité Económico y Social Europeo (a través de los “Días de la ICE”)².

De estos análisis se puede extraer una valoración global positiva de un instrumento que busca conectar directamente a las instituciones europeas con la ciudadanía, reforzando, de este modo, la legitimidad democrática de la Unión.

Es un hecho que, desde abril de 2012, la Comisión ha recibido unas 51 solicitudes de registro de propuestas de iniciativas ciudadanas. Una cifra que va creciendo, exponencialmente, en virtud de un mayor grado de conocimiento de esta herramienta de participación ciudadana.

¹ Ver: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-145-ES-F1-1.PDF>

² Ver http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536343/EPRS_IDA%282015%29536343_EN.pdf, OI/9/2013/TN y <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.es.events-and-activities-eci-day-2014> respectivamente:

Además, merece la pena destacarse la variedad de propuestas presentadas hasta el momento, ya que toman en consideración aspectos tan dispares como: el derecho al agua, la neutralización de las sociedades pantalla, la limitación de velocidad (a 30 km/h), la necesidad de establecer un plan europeo extraordinario que promueva el desarrollo sostenible y el empleo, el incremento del pluralismo de los medios de comunicación, la suspensión del paquete de energía y cambio climático de la UE, etc. Otra cuestión es su desigual suerte dentro del procedimiento de tramitación diseñado por el Reglamento (UE) nº 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo. A este respecto, podemos establecer varios itinerarios³:

En primer lugar están las iniciativas que se denominan obsoletas, y que son aquellas que bien porque no han obtenido el número necesario de declaraciones de apoyo en el plazo de un año (es el caso de las iniciativas: “Acabemos con el Ecocidio en Europa: Una Iniciativa Ciudadana para dar Derechos a la Tierra”, “Renta Básica Incondicional (RBI) – Explorando un camino hacia las condiciones de bienestar emancipatorias en la UE”, “Single Communication Tariff Act”, etc.) o bien porque han sido retiradas por sus organizadores (es el caso de las iniciativas: “MOVEUROPE”, “Turn me Off!”, “Teach for Youth -- Upgrade to Erasmus 2.0”, “Kündigung Personenfreizügigkeit Schweiz”, “Iniciativa Europea a favor del Pluralismo en los Medios de Comunicación”, “End Ecocide in Europe: A Citizens’ Initiative to give the Earth Rights”, “Let me vote”, “Directiva Europea sobre el Bienestar de las Vacas Lecheras”, etc.) se encuentran fuera del procedimiento.

En segundo lugar están aquellas iniciativas cuya recogida de firmas está cerrada y que por tanto:

- a) Se hallan a la espera de ser presentadas ante la Comisión (es el caso de las iniciativas: “Weed like to talk”, “Iniciativa Europea a favor del Pluralismo en los Medios de Comunicación” o “ACT 4 Growth”).
- b) Ya han sido presentadas ante la Comisión y esperan ser atendidas por ella (es el caso de la iniciativa: “Stop Vivisection”).

³ En este sentido acudir a <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives> (última consulta 14/05/2015).

c) Ya han sido atendidas por la Comisión y además se han hecho públicas las conclusiones. En este supuesto se encuentran dos iniciativas, una que finalmente ha sido rechazada (“Uno de nosotros”) y otra que no (“El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!”), por lo que puede considerarse la primera iniciativa ciudadana europea que ha superado todos los trámites con éxito.

Por último, están las iniciativas abiertas debido a que permanecen a la espera de que concluya el plazo de recogida de apoyos, una vez superados los trámites previos de registro e inscripción. Es el caso, por ejemplo, de la iniciativa: “Por una Europa más justa, neutralicemos las sociedades pantalla” cuyo plazo de recogida de firmas concluirá el próximo 1/10/2015.

Mención aparte, estarían las más de 20 propuestas presentadas que no cumplían con los criterios de registro y que, por tanto, no pudieron ser finalmente registradas (por ejemplo: “Ethics for Animals and Kids”, “A new EU legal norm, self-abolition of the European Parliament and its structures, must be immediately adopted”, “The Supreme Legislative & Executive Power in the EU must be the EU Referendum as an expression of direct democracy”, “STOP TTIP”, “Vite l'Europe sociale ! Pour un nouveau critère européen contre la pauvreté”, etc.). En la mayoría de los casos, la Comisión ha denegado su registro por encontrarse la iniciativa ciudadana presentada manifiestamente fuera del ámbito de competencias de la Comisión para plantear una propuesta de acto jurídico de la Unión para los fines de aplicación de los Tratados. En este sentido, podemos ver dos ejemplos muy ilustrativos de esta circunstancia: la iniciativa “Abolición en Europa de la tauromaquia y la utilización de toros en fiestas de crueldad y tortura por diversión” y la iniciativa por un “Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva”.

De todo el panorama descrito, podemos afirmar, en definitiva, que pese al corto espacio de tiempo transcurrido desde su implementación, su acogida por parte de la ciudadanía ha sido muy favorable y receptiva. Una muestra más de que los

ciudadanos exigimos poder participar más y mejor en la comunidad política supranacional de la que formamos parte.

4.- Consideraciones críticas y retos de futuro

Desde un enfoque más próximo a su concreta articulación normativa, la valoración genérica positiva requiere de unos matices críticos.

Para comenzar, cuando hacemos referencia a la iniciativa ciudadana europea, en realidad estamos aludiendo a la posibilidad de que un grupo de ciudadanos formule una propuesta a la Comisión Europea para que en el ámbito de sus competencias plantee un texto legislativo al Parlamento y al Consejo. De esta primera aproximación a su concepción podemos extraer dos consideraciones iniciales que van a supeditar de manera determinante su articulación. La primera es que, tal y como estipula el artículo 2 del Reglamento (UE) nº 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, no existe una obligación formal de presentar la propuesta tal y como fue formulada, por tanto, la Comisión no queda vinculada al contenido de la iniciativa como así parece evidenciarlo la ambigua expresión de: “(...) propuesta adecuada sobre las cuestiones sobre las que los ciudadanos estimen que se requiere un acto legislativo de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados” que contiene el Reglamento. Y en directa relación con esta cuestión, es por tanto evidente, que las limitaciones materiales son muchas, ya que solo cabe plantear una iniciativa en el ámbito de las atribuciones de la Comisión. Un asunto que además plantea ciertos reparos si, como recuerda Elvira, tenemos en cuenta que la mayoría de las materias tienen un carácter compartido y que por tanto no son de exclusiva competencia comunitaria (VINTRÓ y BILBAO, 2011: p.104). En este sentido, ¿tendrían algo que decir los parlamentos nacionales como órganos co-decisores?

De todo ello se deduce que nos encontramos ante un instrumento que ha quedado articulado a través de la necesaria intermediación de la Comisión. Por tanto, es notorio que pese a los constantes esfuerzos por delimitar el monopolio de la iniciativa legislativa por parte de la Comisión, este instituto de participación ha quedado en sus manos. Esta situación solo se nos antoja comprensible si no cuestionamos las específicas competencias que tiene la Comisión en orden a la

propuesta legislativa (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2013:65), pero desde una perspectiva crítica, quizá no sea una osadía proyectar una necesidad de cambio en orden a la consecución de una UE cuya gobernanza se aproxime al sistema parlamentario tradicional.

En este escenario político, el reequilibrio institucional debe decantarse por una recuperación de cierto protagonismo parlamentario donde el déficit democrático sea en parte solventado por institutos como la iniciativa ciudadana europea, que permitan una mayor presencia ciudadana en el devenir y construcción de Europa.

De momento, tal y como queda configurada la iniciativa, las cuestiones procedimentales parecen evidenciar otro importante problema, y es que suponiendo que la iniciativa ciudadana europea pudiera residenciarse en sede parlamentaria, a día de hoy su regulación parece incidir en los aspectos esencialistas de la nacionalidad, una circunstancia que podría socavar el carácter transnacional del Parlamento Europeo. Ejemplos de esta percepción los encontramos en el propio Reglamento mencionado cuando regula la condición diferenciada de “firmante” y “organizador” y establece para ello unos requisitos ligados a la nacionalidad (art.3) y no a la residencia, que trata de matizar al exigir que, para garantizar la representación del “interés de la unión”, el comité esté integrado por siete o más ciudadanos que provengan de diferentes Estados de la UE. En este sentido, se han presentado objeciones sobre cómo articular ese “interés general” ya que la exigencia de que sean los ciudadanos de tan sólo siete Estados miembros los necesarios para su conformación suscitó cierto debate (VINTRÓ y BILBAO, 2011: 64-65) antes de su concreción reglamentaria (entre otras cuestiones se discutió sobre la ausencia de criterios geográficos en su determinación), a la vez que no ha evitado las críticas sobre la posibilidad de que este instrumento quede en manos de colectivos muy bien organizados (o incluso grupos de presión) con respaldo económico suficiente para llevarlo a cabo.

También otro aspecto procedimental asociado a la nacionalidad se evidencia cuando se determina que sea una autoridad nacional la que certifique el sistema de recogida de firmas (art.6) y verifique las declaraciones de apoyo (art. 8) que, en todo caso, requieren de un número mínimo en función del Estado (art.7 y anexo I) y que si son recabadas por la vía electrónica, se someterán a la normativa de protección de

datos de cada país (art. 12)⁴. En este sentido, hubiera sido deseable que se creara para el proceso de verificación una “firma electrónica europea”. Una oportunidad que habría reforzado la articulación y consecución de una efectiva ciudadanía europea.

Además, debemos destacar que, el tipo de datos personales que se nos van a exigir a la hora de rellenar los formularios de declaración de apoyo a una propuesta van a depender de la legislación nacional de cada Estado (anexo III). Una cuestión conflictiva que, sin duda, evidencia un poco más, la esencia nacional en la configuración procedimental de este instrumento de participación ciudadana.

Otras posibles valoraciones críticas a la iniciativa ciudadana europea consistirían en la falta de exigencia de un texto articulado junto con la mera propuesta, (lo que deja a este instrumento de participación la calificación jurídica de mero derecho de petición y no verdadera iniciativa legislativa), la ausencia de previsión en el Reglamento de la oportunidad de su defensa (e incluso la introducción de enmiendas) por parte del Comité organizador en el trámite parlamentario posterior o la falta de previsión legal sobre la posibilidad de volver a presentar una iniciativa fallida.

Por último, también quisiera destacar una reciente campaña: “An ECI That Works!”, auspiciada por distintas organizaciones y ciudadanos independientes que están trabajando por mejorar la que se considera “the world’s first tool of participatory, transnational and digital democracy”⁵.

Esta plataforma, que está manteniendo reuniones con distintos organismos para dar publicidad a su iniciativa⁶, ha elaborado un estudio en el que se proponen 12 puntos para mejorar la ICE, algunos de los cuales resultan muy interesantes:

1. Reducir y armonizar los requisitos de datos personales a través de los estados miembros.

⁴ Esta cuestión puede plantear cuestiones controvertidas en el futuro. En este sentido ver COTINO HUESO (2011)

⁵ <http://ecithatworks.org>

⁶ Es por ejemplo el caso de la reunión prevista en Bruselas para el 16/06/2015 (“The European Citizens’ Initiative and the Promise of Participatory Democracy”) organizado de forma conjunta por los miembros de la Campaña ICE, la presidenta letona del Consejo y la Secretaría General del Consejo, en el que responsables políticos de alto nivel, representantes de las Instituciones de la UE y de los Estados miembros, activistas y expertos en participación pública abordarán la trayectoria, desafíos y potencialidades de la ICE, instrumento con una andadura de tres años.

Para más información consultar: <http://www.consilium.europa.eu/es/general-secretariat/events/eci-conference>

2. Eliminar los requisitos del número de identificación.
3. Asegurar que todos los ciudadanos de la UE puedan apoyar una iniciativa ciudadana donde quiera que vivan.
4. Bajar la edad de apoyo a la ICE a los 16 años.
5. Rediseñar el sistema de recogida de firmas en línea (OCS).
6. Poder recabar la dirección de correo electrónico en el formulario principal apoyo de ICE
7. Alargar el tiempo de recogida de firmas a 18 meses.
8. Dar a las campañas de la ICE tiempo para prepararse: dejarles elegir su fecha de lanzamiento.
9. Proporcionar una infraestructura de apoyo a las ICE con asesoramiento jurídico, la traducción y financiación.
10. Proporcionar un estatuto jurídico de la UE para los comités de ciudadanos.
11. Eliminar o modificar el primer examen de la admisibilidad legal.
12. Aumentar la conciencia pública y los medios de comunicación de la ICE⁷.

Todas estas consideraciones sujetas a debate, no restan importancia a su apreciación como importante instrumento de participación política transnacional, de modo que no debemos de olvidar que nos encontramos ante lo que Bilbao destaca como la primera herramienta de participación directa adoptada por una organización supranacional (VINTRÓ y BILBAO, 2011: 98), y eso merece un reconocimiento más allá de su análisis prospectivo.

5.- A modo de conclusión

No debiéramos centrar nuestros esfuerzos por mejorar la percepción de la democracia en Europa en creer que la falta de legitimidad democrática obedece únicamente a una cuestión de representación sino que también tendríamos que orientar nuestros análisis al propio funcionamiento de las instituciones europeas.

Desde esta perspectiva, la inicial configuración de la ciudadanía como un mero legitimador pasivo en el proceso de construcción de Europa debe dejar paso a una

⁷ http://ecithatworks.org/wp-content/uploads/2014/04/An_ECI_That_Works.pdf

conformación inclusiva que permita que en la actual Europa desagregada y heterogénea desde el punto de vista funcional, los ciudadanos que cada vez adquieren más derechos de acceso y participación en áreas específicas del ámbito laboral, económico, social, etc., se encuentren integrados en las instituciones de las que emanan las medidas específicas que les afectan en su día a día. Precisamente esa percepción “inclusiva” en las instituciones puede permitir no sólo mejorar el conocimiento que sobre ellas se tenga sino afianzar los vínculos y el sentimiento de pertenencia con Europa. En este sentido, considero que dentro de los derechos de participación la ICE, es una herramienta que permite estrechar esos lazos.

De este modo, su implementación puede mejorar la integración de Europa “desde arriba”, desplegando todo su potencial creador de comunidad que consolide la idea de ciudadanía europea como sujeto político con entidad propia no asociada estrictamente a la nacionalidad. Con este objetivo se podrían socavar los aspectos esencialistas de la nacionalidad en la construcción de la identidad europea huyendo de la implícita influencia de la “lógica de los Estados”, que delimita y condiciona de manera determinante cualquier intento de participación activa ciudadana.

Referencias bibliográficas

BILBAO, J. M., VINTRÓ J. (2011): *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BILBAO, J.M., (2012): “La iniciativa ciudadana europea (art.11.4 TUE)”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm.46.

CLOSA, C. (1999): “La ciudadanía europea”, en LLAMAZARES, I. y REINARES, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

COTINO HUESO, L. (2011): “El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de datos de los ciudadanos”, en *Revista de derecho político*, Nº 81, 2011.

FRAILE ORTÍZ, M. (2003): *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid.

FREIXES SANJUAN, T. y POPTCHEVA, E. (2009): Iniciativa legislativa popular: estudio comparativo de la situación legal en los estados miembros de la Unión Europea y previsión de su futuro desarrollo a nivel de la UE, en *Pliegos de Yuste: revista de cultura y pensamiento europeos*, 9-10.

GARCÍA GUITIÁN, E. (2003): “Problemas de la representación política”, en ARTETA, A., GARCÍA GUITIÁN, E. y MAIZ, R. (eds.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza editorial, Madrid.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2013): “La iniciativa ciudadana en la Unión Europea”, en *Panorama Social*, núm.17.

HABERMAS, J. (1993): *Ciudadanía política i identitat nacional*, Univesidad de Barcelona publicacions.

HABERMAS, J. (2000): *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona.

HABERMAS, J. (2004): *Tiempo de transiciones*, Trotta, Madrid.

HABERMAS, J. (2006): *El occidente escindido*, Trotta, Madrid.

PEÑA, J. (2003): “La ciudadanía”, en ARTETA, A., GARCÍA GUITIÁN, E. y MAIZ, R. (eds.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza editorial, Madrid.

RUIZ MIGUEL, A., “El gobierno de ciudadanos libres e iguales”, en ARTETA, A. (ed.), *Las nociones capitales de la democracia*, Alianza editorial, Madrid, 2008.

**B) EL DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ESPACIO
EUROPEO SOBRE DERECHOS**

**B) IL DIALOGO GIUDIZIARIO NELLO SPAZIO
EUROPEO DEI DIRITTI**

PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO

M. Olaya Godoy
Profesora Asociada
Universidad de Alcalá.

Sumario:

1. Introducción.
2. Sistemas europeos de protección de derechos fundamentales:
fuentes.
3. Influencias recíprocas en los sistemas europeos de protección de
derechos fundamentales: diálogo entre el TJ y el TEDH.
 - 3.1. Origen del diálogo jurisdiccional: el TJ como parte activa.
 - 3.2. Influencia de la CDFUE en la interpretación del CEDH: el TEDH
como parte receptora.
 - 3.3. Respeto y observancia del CEDH en la UE: el TEDH como órgano
de control.
 - 3.4. Consolidación del sistema de protección de derechos
fundamentales de la UE: posición del TJ ante el caso *Melloni*.
4. Síntesis conclusiva.

Referencias bibliográficas.

Resumen en español

PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DIÁLOGO JURISDICCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO

Las Constituciones de los Estados, los Tratados y las Instituciones de la Unión Europea han favorecido la configuración de un espacio común tendente, en el ámbito de la tutela de los Derechos Fundamentales, a un reconocimiento cada vez más amplio de los mismos, y a la adopción de mecanismos de protección y respuestas comunes tanto por parte de los legisladores como de los jueces. Con respecto a estos últimos existe convicción suficiente para afirmar que los Tribunales Constitucionales y los Altos Tribunales Internacionales dialogan entre sí al objeto de alcanzar soluciones similares para resolver controversias idénticas. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ), que empezó su andadura siendo receptor de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), también participa de este diálogo manteniendo una comunicación fluida con el TEDH, y afirmando el carácter autónomo de los derechos reconocidos en la Unión Europea dada la especificidad de los Tratados. La STJ en el asunto *Melloni* resuelve que no es posible un doble estándar de protección cuando ya existen garantías comunes en el ámbito de la Unión Europea. El Fallo descrito permite afirmar que en tanto el sistema europeo de definición de los derechos no tenga contornos más nítidos, será imprescindible el diálogo, de una parte, entre el TJ y los Tribunales Constitucionales; y, de otra, entre el TJ y el TEDH, y viceversa.

Abstract in italiano

PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DIALOGO TRA LE CORTI IN EUROPA

Le Costituzioni degli Stati, i Trattati e le Istituzioni dell'Unione Europea hanno incoraggiato la creazione di uno spazio comune che mira, nel campo della tutela dei diritti fondamentali, ad un riconoscimento sempre maggiore degli stessi e all'adozione di meccanismi di protezione e risposte comuni sia da parte dei legislatori che dei giudici. Per quanto riguarda questi ultimi si può affermare che i Tribunali costituzionali e gli Alti Tribunali Internazionali parlano tra di loro al fine di trovare soluzioni simili per risolvere controversie identiche. Inoltre, la Corte di giustizia europea (CGE), che inizialmente recepiva la dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), prende parte a questo dialogo attraverso una comunicazione fluida con la CEDU, affermando il carattere indipendente dei diritti riconosciuti nell'Unione europea data la specificità dei trattati. La Corte di Giustizia nel caso *Melloni* decide che non può esservi un doppio standard di protezione quando esistono garanzie comuni all'interno dell'Unione europea. La decisione in parola permette di affermare che fino a quando il sistema europeo di

definizione dei diritti non avrà contorni nitidi, sarà essenziale il dialogo, da un lato tra la Corte di Giustizia e i Tribunali costituzionali, e dall'altro tra la Corte di Giustizia e la CEDU, e viceversa.

Abstract in English

FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION SYSTEMS AND JUDICIAL DIALOGUE IN THE EUROPEAN LEVEL

Constitutions of the States, Treaties and EU Institutions have encouraged the setting of a common aiming in the field of the fundamental rights protection systems, to an ever broader recognition there, and the adoption of protective mechanisms and common responses by both legislators and judges. With regard to the latter there is enough to say that the Constitutional Courts and Top Courts talk to each other in order to achieve similar solutions to the same controversy conviction. Likewise, the General European Court (GC), which began life being the recipient of the doctrine European Court Human Rights (ECHR), also participate in this dialogue in regular communication with the ECHR, and affirming the character independent of the rights recognized in the EU given the specificity of the Treaties. The General Court Sentence in Melloni matter can not be resolved to a double standard of protection when existing common guarantees in the context of the European Union. The failure described to suggest that while the European system of defined rights no more sharp edges, it is essential dialogue, on the one hand between the GC and the Constitutional Courts; and, secondly, between the GC and the ECHR.

1.- Introducción

Actualmente en Europa coexisten dos sistemas de protección de los derechos fundamentales: el del Consejo de Europa (CE en lo sucesivo) y el de la Unión Europea (UE en lo sucesivo). Entre ambos sistemas se aprecian influencias mutuas y recíprocas¹ a través de sus respectivos órganos de garantía: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en lo sucesivo) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ en lo sucesivo). La tensión que en ocasiones se ha apreciado entre estos dos Altos Tribunales ha hecho que la doctrina subraye la importancia del llamado “diálogo entre tribunales”² en el proceso de formación del derecho europeo y, en especial, en la consolidación de sus mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

2.- Sistemas europeos de protección de derechos fundamentales: fuentes

De los dos sistemas de protección de derechos fundamentales que coexisten en el viejo continente, el del Consejo de Europa parte de una fuente muy clara: el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*³ (CEDH en lo sucesivo), y sus *Protocolos*.

El sistema de protección de derechos fundamentales de la UE resulta, en comparación, mucho más complejo en cuanto a sus fuentes. Así, destacan en primer lugar, el elenco de derechos fundamentales plasmados en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE en lo sucesivo); en segundo lugar, los derechos humanos proclamados en el CEDH, de conformidad con el art. 6.3 del *Tratado de la Unión Europea* (TUE en lo sucesivo); en tercer lugar, los derechos

¹ BUSTOS GISBERT (2009: 147-168); y RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ (1997: 329-376).

² VERGOTTINI (2010).

³ El CEDH es un texto con más de cincuenta años que contiene los derechos más elementales de la persona, básicamente derechos de autonomía. Los protocolos adicionales contienen derechos democráticos, como el derecho a las elecciones libres; económicos, como el derecho a la propiedad; sociales, como el derecho a la educación; más derechos de autonomía; y también derechos procesales, como el derecho de doble instancia en la jurisdicción penal. Tres rasgos son de destacar en el sistema del Consejo que lo abren al diálogo. La primera lo puede hacer receptivo, sujeto o parte pasiva del diálogo: el TEDH, como intérprete del CEDH, considera que el mismo debe interpretarse como un “instrumento vivo”. La segunda y la tercera lo hacen expansivo, sujeto o parte activa del diálogo. En efecto, en segundo lugar, el TEDH decide en caso de contraste con el CEDH de las normas nacionales, incluidas las constitucionales, por lo que se puede ver en él un tribunal constitucional por encima de los tribunales constitucionales de los Estados, aunque tal naturaleza constitucional es discutible, si tenemos en cuenta que no aplica Constitución política alguna, ni anula los actos contrarios al Convenio. La tercera consiste en que sus sentencias producen efecto más allá de las partes en conflicto, lo que se llama el efecto de “cosa interpretada”. RIPOLL CARULLA (2007).

fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE, de acuerdo con el art. 6.3 del TUE; y, en cuarto lugar, los derechos fundamentales que han sido recogidos como disposiciones de los Tratados de la UE.

Asimismo procede recordar que el sistema de la UE es el resultado de una evolución y conformación por etapas sucesivas, puesto que si bien el derecho de las comunidades siempre tuvo como presupuesto⁴ que los Estados miembros fuesen democráticos, nunca tuvo como objeto explícito directo, ni el reconocimiento de los derechos fundamentales⁵, ni su enumeración en un catálogo⁶. Los derechos fundamentales fueron, por tanto, reconocidos de forma muy paulatina tanto por el TJ como por el derecho originario. Pudiendo distinguirse cuatro etapas muy diferenciadas en este devenir⁷. En la primera, se aprecia un cierto rechazo del reconocimiento de los derechos fundamentales por el TJ⁸. En la segunda, el TJ los acepta como principios generales de derecho comunitario⁹. En la tercera se aprecia una internacionalización de las fuentes, y un progresivo reconocimiento de los mismos por parte del derecho

⁴ TENORIO SÁNCHEZ (2013:273).

⁵ Todos los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a reconocer “el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (Art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa). Ahora bien, la democracia postulada carecía de un contenido explícito a priori, por ausencia de derechos fundamentales tipificados en el Derecho comunitario. No existía un sistema articulado y completo de derechos fundamentales de la persona y de la ciudadanía. MANGAS MARTÍN (2002-178).

⁶ Algunos autores han señalado que las hipótesis barajadas para explicar la ausencia de declaración de derechos en los tratados iniciales han sido: el buen resultado que había dado la CECA sin declaración de derechos, el recelo de los Estados, o simplemente que no estuvo en la mente de los fundadores. ALONSO GARCÍA y SARMIENTO (2006: 18 y ss.); y TENORIO SÁNCHEZ (2013-299).

⁷ Ofrecen una periodificación GÓMEZ SÁNCHEZ (2011-92 y ss.) distinguiendo entre la elaboración de los Tratados, el Acta única, el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Amsterdam, y la aprobación de la CDFUE; y MEZZETTI (2013), que distingue tres fases en la actitud del TJ (rechazo, aceptación, e internacionalización) y analiza a continuación la incorporación de los derechos fundamentales al Derecho originario.

⁸ Rechazo sustentado sobre la consideración de la prevalencia del Derecho comunitario sobre las normas nacionales (Sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork v. Alta Autoridad CECA*, y 15 de julio de 1960, *Comptoirs de Vente de la Ruhr*). MEZZETTI (2013: 25-26).

⁹ Como señala TENORIO SÁNCHEZ, la fase de aceptación se inicia con la STJ de 12 de noviembre de 1969, *Stauder v. Ulm*. El TJ acoge los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, que él mismo ha de garantizar. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se incluiría en el Tratado de Maastricht. Norma que sigue vigente en el Tratado de Lisboa, que incorpora un artículo al Tratado de la Unión Europea manteniendo estas ideas (Art. 6.3 TUE). TENORIO SÁNCHEZ (2013: 290-292).

originario¹⁰. Y en la cuarta, se consolida la aplicación de la CDFUE, y se inicia el diálogo entre el TJ y el TEDH¹¹.

Ya en último término cabe destacar que en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales el *Tratado de Lisboa* ha resultado especialmente relevante al dotar a la CDFUE de carácter vinculante, y al disponer la adhesión al CEDH por parte de la UE¹².

3.- Influencias recíprocas en los sistemas europeos de protección de derechos fundamentales: diálogo entre el TJ y el TEDH

3.1. Origen del diálogo jurisdiccional: el TJ como parte activa

En la década de los ochenta de la pasada centuria el TJ empieza a comportarse ante el TEDH como un sujeto dialogante que defiende una concepción propia de los derechos fundamentales. Así, mucho antes de la aprobación de la CDFUE, el TJ anticipa ya en sus resoluciones que las libertades básicas de los Tratados imponen límites a los

¹⁰ En la fase de internacionalización, el TJ prosigue su búsqueda de una fuente precisa de los derechos en el ámbito de la UE y asume como parámetro de referencia el CEDH y el Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos de 1966. Este desarrollo se concibe en la STJ de 14 de mayo de 1974, asunto *Nold*. En la STJ de 28 de octubre de 1975, asunto *Rutili*, el TJ convierte al CEDH en fuente de derechos, también en el ámbito de las Comunidades. Toda esta doctrina del TJ se completa en su STJ de 13 de diciembre de 1979, asunto *Hauer*, que hubo de resolver el conflicto entre la prohibición de plantar viñas, establecida por el Derecho comunitario, y el derecho de propiedad, reconocido en la Ley Fundamental de Bonn (LFBonn). El CEDH va adquiriendo así influencia en las Comunidades Europeas. GÓMEZ SÁNCHEZ (2011-94-95); MEZZETTI (2013:30-32); y TENORIO SÁNCHEZ (2013:295).

¹¹ La aprobación de la CDFUE reforzó la posición del TJ. Como señala TENORIO SÁNCHEZ, es a partir de este momento (año 2000) cuando se puede considerar plenamente formado el sistema de protección de los derechos de la UE y, por tanto, es adecuado hablar de diálogo entre los Altos Tribunales de dos sistemas consolidados. TENORIO SÁNCHEZ (2013: 298-299).

¹² La nueva redacción del art. 6 TUE, pasa a decir lo siguiente:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

Estados, y que por eso hay que entender que existe una doctrina propia de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE¹³.

Es a partir de 1996 cuando el TJ adopta ya en sus Sentencias posturas abiertamente distintas a las del TEDH. Un ejemplo destacado lo constituye la STJ de 30 de abril de 1996, en el asunto *P. c. S. y Cornwall County Council*¹⁴, donde el TJ condena la discriminación por razón de sexo que venían padeciendo los transexuales; frente a la posición más conservadora defendida por el TEDH, en sus Sentencias *Rees* y *Cossey*, en las que había reconocido el margen de apreciación de Reino Unido.

El TJ pasa así de una indiferencia inicial mostrada hacia los derechos fundamentales, a la resolución de conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas, posicionándose a favor de los primeros¹⁵. En este sentido, en la STJ de 12 de junio de 2003, asunto *Schmidberger*¹⁶, el TJ resuelve un conflicto pronunciándose a favor del derecho a la libertad de expresión y reunión, frente a la libre circulación de mercancías; y en la STJ de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega*¹⁷, afronta el conflicto entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías, frente a las exigencias de la dignidad humana; en la STJ de 11 de diciembre de 2007, asunto *Viking*¹⁸ y en la STJ de 18 de diciembre de 2007, asunto

¹³ El TJ fue reconociendo diversos derechos antes del aprobación de la CDFUE. Sin ánimo de exhaustividad, cabe recordar el principio de igualdad (SSTJ de 8 de abril de 1975, caso *Defrenne II*, causa 43/75, y de 15 de junio de 1978, caso *Defrenne III*, causa 149/77), el derecho de propiedad (STJ de 18 de octubre de 1979, caso *Sirena*, causa 40/70), el libre ejercicio de las actividades económicas y profesionales (STJ de 14 de mayo de 1974, caso *Nold*, causa 4/73), el respeto de la vida privada y familiar (STJ de 12 de noviembre de 1969, caso *Stauder*, causa 29/69), del domicilio (STJ de 21 de septiembre de 1989, caso *Hoehst*, en causa 46/87) y de la correspondencia (STJ de 5 de marzo de 1980, caso *Ferweda*, causa 265/78), la libertad de asociación (STJ de 15 de diciembre de 1995, caso *Bosman*, causa C-415/93), el derecho de defensa (STJ de 13 de febrero de 1979, caso *Hoffmann-La Roche*, causa 85/76), la libertad religiosa (STJ de 27 de octubre de 1976, caso *Prais*, causa 130/75), la libertad de expresión (STJ de 13 de diciembre de 1989, caso *Oyowe e Traore*, causa C-100/88), el principio de irretroactividad de las normas penales (STJ de 11 de junio de 1987, caso *Pretore di Salò*, causa 14/86), la prohibición de discriminación por razón de sexo (STJ de 13 de junio de 1977, caso *Defrenne*, causa 149/77), el derecho a un recurso judicial efectivo (STJ de 15 de octubre de 1987, caso *Heylens*, causa 222/86).

¹⁴ Causa C-13/94.

¹⁵ SARRIÓN ESTEVE (2011: 17 y ss.).

¹⁶ Causa C-112/00.

¹⁷ Causa C-36/02.

¹⁸ Causa C-438/05.

*Laval*¹⁹, se recoge una clara afirmación de los derechos sociales como derechos fundamentales que constituyen principios generales del derecho comunitario.

En esta pugna inicial la posición del TEDH queda fortalecida, pues se amplían sus competencias materiales, y pasa a controlar la adecuación al CEDH de los actos de los Estados miembros dictados en aplicación del derecho comunitario²⁰.

3.2. Influencia de la CDFUE en la interpretación del CEDH: el TEDH como parte receptora

A partir del año 2000, el TJ amplía su esfera de influencia sobre el TEDH²¹. Circunstancia que resulta constatable en el tratamiento de los efectos jurídicos de la transexualidad y del matrimonio homosexual²².

Como ya se ha señalado en el punto anterior, en la STJ de 30 de abril de 1996, asunto *P. c. S. y Cornwall County*²³, el TJ había reconocido determinados derechos a los transexuales. Con posterioridad a la publicación de la misma, el TEDH mantiene su criterio conservador y en la STEDH de 30 de junio de 1998, asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, incluye una referencia a la Sentencia del TJ, pero no comparte su argumentación. Sin embargo, cuatro años más tarde, en la STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *L. c. Reino Unido y Christine Goodwin*, cambia de criterio y acepta el argumento del TJ, invocando casos de Nueva Zelanda, Australia y el art. 9 de la CDFUE.

Con relación al matrimonio homosexual cabe destacar dos Sentencias, una del TJ y una del TEDH.

La STJ de 1 de abril de 2008, asunto *Tadao Maruko*²⁴, resolvió una cuestión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de una Directiva relativa al

¹⁹ Causa C-341/05.

²⁰ TENORIO SÁNCHEZ (2013: 285-286); y VERGOTTINI (2010: 20-21).

²¹ TENORIO SÁNCHEZ (2013: 300-302); y BUSTOS GISBERT (2009: 150-151)

²² Conviene hacer referencia a la divergencia en la regulación del matrimonio que existe entre el art. 12 CEDH y el art. 9 CDFUE. Mientras el art. 12 CEDH concede el derecho a casarse al hombre y la mujer, el art. 9 CDFUE diría que “el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia se garantizan en los términos que establezcan las leyes nacionales que regulan su ejercicio”.

²³ Causa C-13/94.

²⁴ Causa C-267/06.

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el marco de un litigio entre el Sr. *Maruko* y la Caja de Pensiones de los Teatros Alemanes, relativo a la negativa de ésta a reconocerle el derecho a una prestación de supervivencia, establecida por el régimen obligatorio de previsión profesional al que estaba afiliado su pareja. El TJ resolvió que la Directiva se oponía a la normativa controvertida cuando en el derecho nacional la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges, en lo relativo a la citada prestación de supervivencia.

La STEDH de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*²⁵, hubo de pronunciarse abiertamente sobre la cuestión de si dos hombres homosexuales tienen derecho a casarse el uno con el otro²⁶. La jurisprudencia del TEDH había establecido que el art. 12 CEDH garantiza a un hombre y a una mujer el derecho a casarse y fundar una familia, pero nunca había afrontado la cuestión de si dos personas del mismo sexo podían o no contraer matrimonio. En su resolución el TEDH reconoce que el art. 12 del CEDH excluye literalmente el matrimonio homosexual, cita el art. 9 de la CDFUE señalando que no existe consenso a nivel europeo sobre la consideración como matrimonio de una relación homosexual, no hace referencia a la STJ, y concluye que el art. 12 CEDH, regulador del derecho a casarse, ya no debe limitarse en todo caso a personas de distinto sexo; y que serán las leyes nacionales las que decidirán la cuestión, reconociendo a Austria el margen de apreciación.

3. 3. Respeto y observancia del CEDH en la UE: el TEDH como órgano de garantía

El TEDH es el órgano que tiene atribuida la competencia para controlar el respeto al CEDH en la UE. Asimismo, las referencias al CEDH incluidas en el art. 6 del TUE han provocado un incremento de demandas contra actos de Estados miembros

²⁵ El 24 de junio de 2010 (fecha de la Sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*), de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, sólo seis abrían el matrimonio a las personas homosexuales: Bélgica, España, Países Bajos, Noruega, Portugal y Suecia. Trece regulaban las parejas homosexuales como parejas registradas y dos más estaban en vías de hacerlo, siendo las consecuencias jurídicas variables.

²⁶ *Schalk y Kopf* eran dos homosexuales que pidieron a la Oficina del Estado de Civil del Ayuntamiento de Viena que los casara. Se les denegó administrativa y judicialmente su pretensión. El Tribunal Constitucional de Austria también se la denegó, aduciendo el art. 12 CEDH y la jurisprudencia del TEDH que avalaba el concepto tradicional del matrimonio.

realizados en ejecución del derecho de la UE²⁷. Ante estas circunstancias, el diálogo jurisdiccional parece cada vez más necesario y, a la vez, resulta más complejo.

En el ejercicio de su función de control, el TEDH en su Sentencia de 19 de abril de 1999, asunto *Van der Hark c. Países Bajos*, ha sostenido que las resoluciones deben estar motivadas, sin que baste para ello la remisión a normativa comunitaria.

En su Sentencia de 16 de abril de 2000, asunto *Dangeville c. Francia*, el TEDH se considera competente para controlar infracciones del derecho comunitario con motivo de la trasposición de una directiva comunitaria.

En la Sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, el TEDH declaró que los Estados también están obligados a cumplir el CEDH cuando actúan en ejecución de un Reglamento de la UE que no deja margen de apreciación. En esta resolución el TEDH consideró que el sistema de la UE, desde la perspectiva de la protección de los derechos, se podía considerar, globalmente, equivalente al del CEDH, salvo en algún caso concreto que podría determinar el TEDH cuando detectase “insuficiencia manifiesta”. Esta Sentencia fue confirmada por otra similar, la STEDH de 17 de abril de 2006, asunto *Aristimuño Mendizábal c. Francia*²⁸.

En opinión del Prof. TENORIO SÁNCHEZ²⁹, con estas dos Sentencias el TEDH queda, de alguna manera, configurado como un órgano superior en el ámbito europeo para la protección de los derechos fundamentales; el CEDH alcanza rango super-constitucional; y se reconoce que el sistema de protección de los derechos

²⁷ Una cuestión que plantea Tenorio Sánchez, es la de si un Estado parte del CEDH puede pretender exonerarse de responsabilidad por vulneración del CEDH aduciendo que el acto vulnerador se dictó en cumplimiento de un Tratado internacional. En estos casos, el TEDH considera que el Estado no queda exonerado de cumplir el CEDH. Este criterio lo sostuvo ya la Comisión Europea de Derechos Humanos en Decisión de 16 de enero de 1995, asunto *Gestra c. Italia*, y luego la ha sostenido el TEDH en su Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto *Hans-Adam II de Liechtenstein c. Alemania*. Otra cuestión que a su juicio podría resultar dudosa es la del sometimiento o no de los actos de las organizaciones internacionales y de sus agentes realizados en el territorio de los Estados parte a la jurisdicción del TEDH. Las organizaciones internacionales, que suelen tener reconocida inmunidad en los Estados, si no son parte en el Convenio, no están sometidas a la jurisdicción del TEDH: STEDH de 10 de diciembre de 2002, asunto *Waite y Kennedy c. Alemania*, y ya antes, aunque desde una perspectiva distinta, en STEDH de 27 de abril de 1995, asunto *Piermont c. Francia*. TENORIO SÁNCHEZ (2013: 271-309).

²⁸ Se trataba de un asunto relativo a la pareja de un miembro de ETA: Francia no le reconocía el derecho de asilo y solamente le daba permiso de residencia, que le renovaba cada tres meses. El TEDH resolvió que se había vulnerado el CEDH.

²⁹ TENORIO SÁNCHEZ (2013: 305-307).

fundamentales de la UE alcanza un nivel de protección similar al del CEDH, reservándose el TEDH la facultad de detectar casos particulares en que los derechos puedan no estar suficientemente garantizados.

3.4. Consolidación del sistema de la UE: posición del TJ ante el caso *Melloni*

Con carácter previo procede señalar que para describir el contenido de este caso se seguirá la síntesis que ha realizado el Prof. Tenorio Sánchez³⁰, por su sistematización y claridad expositiva.

El caso *Melloni*³¹ tiene su origen en un recurso de amparo, por vulneración del derecho a un proceso con todas sus garantías recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, presentado contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en relación con la ejecución de una condena impuesta por un delito juzgado por el *Tribunale de Ferrara*.

La argumentación del recurrente en amparo subrayaba que había sido condenado en rebeldía, lo cual es posible conforme al derecho italiano, pero es considerado inconstitucional en el derecho español. El objeto del recurso pretendía, por tanto, hacer prevalecer el derecho español sobre el derecho de la UE, en concreto, sobre un acto comunitario conforme con la “Decisión-marco relativa a la orden de detención europea”³². En la exposición argumentativa se omitía señalar que el Sr. *Melloni* había designado un abogado en Italia para que lo defendiera.

El Tribunal Constitucional Español hizo suyos los argumentos del recurrente y decidió elevar cuestión prejudicial ante el TJ.

La cuestión prejudicial planteada pivotó, esencialmente, en torno a la interpretación de la “cláusula de salvaguardia” contemplada en el artículo 53 de la

³⁰ TENORIO SÁNCHEZ (2013: 295 y ss.).

³¹ Sentencia del TJ de 26 de febrero de 2013, caso *Stefano Melloni /Ministerio Fiscal*, C-399/11 España.

³² Decisión-marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión-marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias.

CEFUE que dispone: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la UE, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la UE o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

El TJ señalando que, en principio, los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea, fue metódico y sistemático en la resolución de la cuestión planteada: en primer lugar, contrastó la pretensión ejecutiva con el acto comunitario; en segundo lugar, analizó la conformidad del acto comunitario con el contenido de la CDFUE; y, en último lugar, valoró el grado de protección del derecho invocado y la prevalencia de los ordenamientos en conflicto.

Al hacer el análisis de contraste, el TJ hace referencia directa al artículo 4 bis, apartado 1, letras a y b de la “Decisión-marco, relativa a la orden de detención europea”, que impide que la autoridad judicial deniegue la ejecución de una euroorden de detención, emitida para el cumplimiento de una pena, “cuando el interesado no compareció en el juicio pero tuvo conocimiento de la celebración prevista de éste y otorgó mandato a un letrado para que le defendiera, siendo efectivamente defendido por éste” (situación del Sr. *Meloni*). E interpreta que, con esta disposición, el legislador de la UE “ha optado por prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una orden de detención europea, emitida para ejecutar una resolución dictada en rebeldía, no vulnera el derecho de defensa”. Concluyendo que, a su juicio, la solución legislativa adoptada “es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución, para someter la ejecución interesada a la condición de que la condena pueda ser revisada, con objeto de garantizar el derecho de defensa del interesado”.

Al efectuar el análisis de legalidad del artículo 4 bis, apartado 1, letras a y b de la “Decisión-marco, relativa a la orden de detención europea”, el TJ estima que la disposición citada “es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un

proceso equitativo, y con el derecho de defensa reconocidos por la CDFUE; puesto que la propia disposición enuncia las condiciones en las que se considera que el interesado ha renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio”. Y aclara que “aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, dicho derecho no es absoluto, ya que el acusado puede renunciar a él con ciertas garantías”.

Al examinar el grado de protección del derecho invocado, y la prevalencia de los ordenamientos en conflicto el TJ formula las siguientes interpretaciones. En primer lugar, que el artículo 53 de la CDFUE no limita los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones de los Estados miembros, “pero tampoco permite que un Estado miembro someta la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa protegidos por su Constitución”. En segundo lugar, que cuando un acto del derecho de la UE requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, “siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la UE”. Y, en tercer lugar, que según jurisprudencia asentada, “en virtud del principio de la primacía del derecho de la UE, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del derecho nacional, aun de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del derecho de la Unión en el territorio de ese Estado” .

En consonancia con las mismas concluye, que la argumentación invocada por el Tribunal Constitucional Español en la cuestión prejudicial (acerca del alcance del artículo 53 de la CDFUE) no puede ser estimada, puesto que “menoscaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si tales actos no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la

Constitución de ese Estado”. Y, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión-marco, “conduciría a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que la Decisión-marco pretende reforzar, y llevaría a enervar la efectividad de la referida Decisión-marco”.

4.- Síntesis conclusiva

1. El sistema de protección de derechos fundamentales de la UE ha recibido durante su proceso de formación una gran influencia del CEDH y, por tanto, de la jurisprudencia del TEDH.

2. A finales del Siglo XX el TJ inicia un diálogo con el TEDH, reivindicando en sus resoluciones una concepción propia de los derechos fundamentales.

3. La aprobación de la CDFUE se revela como el paso decisivo para consolidar plenamente el carácter autónomo de los derechos reconocidos en la UE, y propicia que el TJ amplíe su esfera de influencia sobre el TEDH.

4. En las Sentencias *Bosphorus c. Irlanda* y *Aristimuño Mendizábal c. Francia* el TEDH reconoce que el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE alcanza un nivel de protección similar al del Consejo de Europa (ex. CEDH).

4. El *Tratado de Lisboa* afianza de forma definitiva el sistema de protección de derechos fundamentales de la UE, al disponer su adhesión al CEDH, y dotar a la CDFUE de fuerza jurídica vinculante.

5. En la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Español, caso *Melloni*, el TJ explica que no es posible aplicar un doble estándar de protección cuando existen garantías comunes en el ámbito de la UE; admitiendo, no obstante, un estándar de protección diferente cuando se trate de enjuiciar medidas nacionales que tengan por objeto la ejecución de un acto de la UE, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que la aplicación no afecte al nivel de protección previsto en la CDFUE, ni a la primacía, unidad y/o efectividad del derecho de la Unión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D. (2006), *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, y jurisprudencia*

BUSTOS GISBERT, R. (2009), “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2011), *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*

MANGAS MARTÍN, A. (2002), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*

MEZZETTI, L. (2013), “Storia dei diritti umani”, en MEZZETTI, L. *Diritti e doveri*

RIPOLL CARULLA, S. (2007), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español: incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español*

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y VALLE GÁLVEZ, A. (1997), “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2

SARRIÓN ESTEVE, J. (2011), *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*

TENORIO SÁNCHEZ, P. (2013), “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31

VERGOTTINI, G. (2010), *Más allá del diálogo entre tribunales*. Traducción del italiano por P. J. Tenorio Sánchez

LA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA NEL DIALOGO TRA CORTI: "EPIFANIE" DI UNA UNIONE DAI TRATTI ANCORA INDEFINITI*

Antonia Baraggia

Università degli Studi di Milano

Sommario:

- 1.- Introduzione.
- 2.- L'Unione Europea come human rights organization?
- 3.- Akerberg Fransson e Melloni: i confini della tutela dei diritti fondamentali - atto primo.
4. Karlsruhe, Londra e Madrid: la risposta delle Corti supreme nazionali.
5. Ymerga e Siragusa: i confini della tutela dei diritti fondamentali – atto secondo –
6. Brevi considerazioni conclusive.

Riferimenti Bibliografici

* Una versione ampliata del presente contributo è stata pubblicata su www.rivistaaic.it n. 2/2015.

Abstract in italiano

L'incerto cammino dell'Europa dei diritti: spunti dalla più recente giurisprudenza

Il paper affronta il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione Europea a seguito dell'entrata in vigore della Carta di Nizza.

Da allora, il dibattito circa la natura dell'Unione europea come Europa dei diritti e della Corte di Giustizia come "human rights adjudicator" ha avuto, infatti, una decisa accelerazione. Nonostante questa decisiva svolta, il presente contributo intende mettere in luce i nodi problematici che ancora permangono nell'intreccio europeo e nazionale nella tutela dei diritti, che portano a mettere in discussione l'esistenza e la consistenza stessa dell'Europa dei diritti.

L'analisi verrà condotta in particolare attraverso lo studio della giurisprudenza della corte di giustizia (sentenza Akerberg Fransson, Melloni, Ymeraga) e di alcune corti supreme nazionali in dialogo con la prima.

Resumen en español

El incierto camino de la Europa de los derechos: consideraciones desde la jurisprudencia más reciente

El paper aborda la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en el ordenes de la Unión Europea despues de la entrada en vigor de el tratado de Niza. Desde entonces, el debate sobre la naturaleza de la Unión Europea como Europa de los derechos y del tribunal de justicia como "human right adjudicator" ha tenido una gran aceleración. Aunque si hemos tenido en cuenta este momento crucial, esta contribución pretende poner en relieve las cuestiones problemáticas que aún permanecen en relación entre la UE y los Estados nacionales sobre la protección de los derechos.

La análisis se llevarán a cabo, en particular, a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia Akerberg Fransson, Melloni, Ymeraga) y algunos tribunales supremos nacionales, en cooperación con la primera.

Abstract in English

The uncertain path of the Europe of rights: considerations from the most recent case law.

The paper deals with the theme of the fundamental rights protection in the European Union after the entry into force of the Charter of Nice.

Since then the nature of the European Union as Human rights organization and of the ECJ as human rights adjudicator had been debated among legal scholars.

The paper is aimed to shed lights on the critical issues that characterized the intertwined systems of rights protection at European and national level.

The analysis will be conducted through the study of the ECJ case law (Akerberg Fransson, Melloni, Ymeraga and Siragusa cases) and that of the national supreme courts in dialogue with their European counterpart.

1.- Introduzione

Dopo l'entrata in vigore della Carta di Nizza, il dibattito circa la dimensione dell'Unione europea come "Europa dei diritti" e della Corte di giustizia (ECJ) come "human rights adjudicator" ha avuto una decisa accelerazione. Sebbene, infatti, la dimensione dei diritti fondamentali non sia stata per nulla estranea allo sviluppo della giurisprudenza della ECJ (si pensi al filone inaugurato dalle sentenze Stauder C-29/69, e Internationale Handelsgesellschaft C-11/70), tuttavia è con l'introduzione della portata vincolante della Carta che la dimensione dei diritti irrompe nell'ambito europeo ed in particolare nell'arena delle Corti Europee, sia nazionali che sovranazionali.

È questo intreccio di tutele giurisdizionali, non sempre facile da districare che, se costituisce oggi uno degli aspetti più interessanti della protezione multilivello dei diritti e del pluralismo istituzionale ad essa sotteso, allo stesso tempo rappresenta un nodo ancora irrisolto, come l'analisi della giurisprudenza nel presente contributo mostrerà.

La tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo è, infatti, percorsa da una serie di aporie sia nell'ordinamento sovranazionale che in quelli nazionali. Nel primo, infatti, la *vis* espansiva dei diritti enunciati nella Carta di Nizza si scontra con la natura limitata dell'ambito di applicazione della stessa ex art. 51. Nei secondi, invece, all'apparente apertura delle corti costituzionali più restie a dialogare con la Corte di Lussemburgo attraverso l'uso del rinvio pregiudiziale, si accompagna una certa resistenza rispetto alle fughe in avanti della Corte di Giustizia, attraverso l'affermazione da parte delle stesse dell'esistenza dei contro limiti e la teorizzazione del controllo sugli atti *ultra vires*.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di diritti risulta ondivaga e contraddittoria. Emblematica è la giurisprudenza della ECJ in tema di cittadinanza e diritti: ad una prima accelerazione verso l'affermazione della dimensione sostanziale della cittadinanza e dei diritti ad essa connessa (Ruiz Zambrano C-34/09), la più recente giurisprudenza (es. Ymeraga, C-87/12) ha ridimensionato tale affermazione, riportando l'attenzione sul legame tra diritti fondamentali e libertà

economiche, svelando forse che “la Corte di Giustizia non custodisce prioritariamente i diritti fondamentali degli individui, ma le quattro libertà degli operatori del mercato” e che “i diritti individuali anche quando invocati, devono fare i conti con quelle “libertà” e prevalgono solo occasionalmente”. (BIN, 2014: 8).

Il presente contributo intende mettere in evidenza le tensioni e i chiaroscuri che percorrono il tema attraverso l’analisi della più recente giurisprudenza, con particolare riferimento alle sentenze Akerberg Fransson C-617/10, Melloni C-399/11 e Siragusa C-206/13 della ECJ, e con le sentenze Counter Terrorism Database (BvR 1215/07) e HS2 (HS2 Action Alliance Ltd v Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3) rispettivamente del Bundesverfassungsgericht e della UK Supreme Court.

L’analisi della giurisprudenza e del rapporto tra Corte di giustizia e corti nazionali sembra delineare un sistema “privo di una chiara bussola di riferimento”. (DE VERGOTTINI, 2010), che insiste su uno spazio, quello europeo in materia di diritti, “non regolato”, o “male regolato” o comunque “a-politico” (MORRONE, 2014: 17).

Ciò che chiaramente emerge, e che si cercherà di mettere in luce, è che in tale contesto la Corte di Giustizia non è un giocatore tra gli altri, non è un tribunale dei diritti, ma assolve al compito che le è proprio, non mutato a seguito del Trattato di Lisbona, cioè quello di garante del rispetto e del primato del diritto comunitario negli ambiti ad esso attribuiti.

Solo partendo da questo presupposto si può leggere il rapporto tra corti nazionali e Corte di giustizia non in termini di mera contrapposizione tra “*final arbiters*” in materia di tutela dei diritti, ma di continua tensione dialettica tra i vertici di ordinamenti diversi, che si muovono in orizzonti differenti, ma che inevitabilmente presentano punti di intersezione. Tale tensione, non certo priva di contrasti, può tuttavia, come notato da autorevole dottrina, condurre a una maggiore tutela dei diritti fondamentali (LUEBBE WOLFF, 2011: 86 ss.) in un contesto pluralistico come quello europeo, costitutivamente fondato sulla dicotomia tra universalismo e particolarismo, tra unità e diversità, tra identità nazionale e ordinamento sovranazionale (CAROZZA, 2004: 35).

2.- L'Unione Europea come human rights organization?

Sono passati molti anni dalla sfida posta, con il consueto acume, da J.H. WEILER e P. ALSTON (1998) circa la necessità per una “ever closer Union” di dotarsi di una human rights policy, e pochi meno ne sono passati dall'interrogativo posto da ARMIN VON BOGDANDY (2000) circa la natura dell'Unione europea come Human Rights Organization all'indomani dell'adozione della Carta di Nizza.

A differenza di allora, oggi la carta di Nizza è divenuta un *binding instrument* all'interno dell'ordinamento europeo al pari dei trattati e l'Unione Europea si è quindi dotata di un catalogo fondamentale di diritti e di una competenza specifica in tema. È più che legittimo chiedersi se qualcosa sia cambiato rispetto agli albori del secondo millennio.

La risposta non può che essere, ad avviso di chi scrive, positiva. E non può che essere così nella dimensione in cui ora il tema dei diritti fondamentali permea i fini, l'attività e i campi di intervento dell'Unione stessa.

Basti qui solo ricordare, come già DE BURCA fa che “a significant part of the EU's legislative corpus now covers areas such as immigration and asylum, security and privacy alongside many of the more traditional fields of EU policy, including competition and market regulation” (DE BURCA 2013: 2). Non solo ma “fundamental rights permeate other policy fields: every new legislative proposal is vetted for compliance with the fundamental rights check list and can be interpreted in the light of the Charter rights and even struck down by the CJEU for failure to accord due respect to fundamental rights”. (DE VISSER, 2013).

A questa accresciuta dimensione dell'Unione europea nell'ambito dei diritti fondamentali, è corrisposta indubbiamente anche una crescita delle funzioni della Corte di giustizia come “*human rights adjudicator*”. Ancora GRAINNE DE BURCA mette in luce come il numero di casi decisi dalla Corte di Giustizia in materia di diritti umani siano stati, per i primi decenni di attività della Corte di Lussemburgo piuttosto rari. Tuttavia, “although this number has increased over the past decade or so since the Charter was first drafted, it is really since the coming into force of the Charter that

there has been a sharp rise in the number of cases invoking human rights claims” (DE BURCA, 2013: 3).

Con l’entrata in vigore della Carta di Nizza, dunque, l’Unione ed in particolare la Corte di Giustizia sono divenuti a pieno titolo degli attori nella tutela multilivello dei diritti, accanto al modello convenzionale della CEDU e agli ordinamenti costituzionali dei singoli stati. Ma ciononostante si può parlare dell’Unione come di una vera e propria *human rights organization*?

Mi pare di poter asserire che, nonostante i dati sopra citati potrebbero suggerire una chiara evoluzione in tal senso, se si guarda al merito delle politiche dell’Unione e delle decisioni della Corte, il beneficio del dubbio è più che legittimo. Innanzitutto, nonostante l’accresciuto attivismo dell’Unione nel campo della tutela dei diritti, manca ancora una vera e propria politica europea dei diritti fondamentali, a cui deve aggiungersi il fatto che in materia di diritti gli ordinamenti che insistono nello spazio europeo scontano “ipoteche pesantissime che derivano dall’assenza di un disegno organico al quale possono essere ricondotti come parti di un tutto” (MORRONE, 2014: 17).

Anche la Corte di giustizia è lungi dal potere essere considerata una corte dei diritti: limitandosi alla più recente giurisprudenza in cui vengono in rilievo i diritti fondamentali, emerge chiaramente che il focus della corte non è tanto la tutela dei diritti per sé, quanto l’affermazione della primazia del diritto dell’Unione. Come la Corte stessa dichiara nella sentenza relativa al caso Siragusa, l’impegno nella protezione dei diritti è motivato “dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l’unità, il primato e l’effettività del diritto dell’Unione”. La tutela dei diritti viene dunque sì in rilievo anche nella giurisprudenza comunitaria, ma quasi come riflesso della garanzia della supremazia del diritto europeo. In tale contesto i naturali depositari della tutela dei diritti rimangono, dunque, le Corti costituzionali nazionali che, a ragione, cercano di opporre alla vis espansiva della giurisprudenza europea strumenti (i contro-limiti, gli *ultra vires acts*) al fine di preservare il contenuto fondamentale delle Costituzioni

nazionali, come emerge chiaramente nella giurisprudenza che verrà di seguito analizzata.

3.- Akerberg Fransson e Melloni: i confini della tutela dei diritti fondamentali – atto primo

La portata della nuova espansione dell'Unione nella tutela dei diritti fondamentali è stata messa sin da subito alla prova della giurisprudenza e del "dialogo" tra Corti, ed in particolare dai due *leading cases* in materia, il caso Akerberg Fransson e il caso Melloni, entrambi decisi dalla Corte di Giustizia il 26 Febbraio 2013.

In essi la Corte di giustizia ha avuto l'occasione di precisare, rispettivamente, l'ambito di applicazione della Carta di Nizza e il rapporto tra diversi standard di tutela come prevede l'art. 53 della Carta stessa.

Sebbene si tratti di profili distinti, l'esito delle due sentenze pare comune: in entrambi i casi la Corte è attenta a preservare il principio della supremazia del diritto dell'Unione, in un caso ricorrendo ad una interpretazione estensiva dell'art. 51 della Carta, nell'altro affermando che qualora venga in rilievo il diritto dell'Unione non si applica il maggior livello di protezione, previsto dall'art. 53 della stessa.

Si tratta in entrambi i casi di conclusioni problematiche per il rapporto tra i diversi ordinamenti.

Nel primo caso la Corte di giustizia è stata investita dal rinvio pregiudiziale dallo Haparanda tingsrätt (il tribunale di primo grado svedese), al fine di verificare se le previsioni svedesi che puniscono l'evasione fiscale sia con una sanzione amministrativa che con una sanzione penale non fossero contrarie al principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. Prima di affrontare il merito della questione, la Corte di giustizia ha precisato la propria sfera di competenza e l'ambito di applicazione della Carta. Ai sensi dell'art. 51 di quest'ultima, infatti, essa si applica agli Stati solo qualora essi implementino il diritto dell'Unione mediante propri atti nazionali. Il caso in esame, *prima facie* non sembrerebbe rientrare in tale ipotesi, se non che l'evasione fiscale dell'imputato riguarda anche per una parte l'IVA, oggetto di una direttiva del Consiglio (Direttiva 2006/112).

Sebbene dunque la norma svedese non si configuri come diretta implementazione della direttiva, la Corte ritiene che il caso in esame rientri nella nozione più generale – e piuttosto fumosa – di “in the scope of Union Law” formulazione di portata più ampia rispetto alla mera implementazione del diritto dell’Unione, che si riscontra nelle Explanations della Carta stessa, le quali, come noto, “are valuable tool of interpretation intended to clarify the provisions of the Charter¹”. Così che, come afferma la Corte stessa, “dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, non possono esistere casi rientranti nel diritto dell’Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione” (par. 21).

Con tale operazione la Corte sembra aver dunque optato per una interpretazione estensiva dell’ambito di applicazione della Carta, utilizzando per altro criteri non dissimili da quelli da essa stessa elaborati in riferimento all’applicazione dei principi generali del diritto, nelle famose sentenze Wachauf ed ERT.

Tuttavia, l’immediata conseguenza di una tale interpretazione non è – come pure potrebbe sembrare – necessariamente una più efficace e penetrante protezione dei diritti fondamentali (come del resto conferma l’esito rispetto al merito del caso), ma semplicemente la possibile attrazione nell’orbita della *iurisdictio* della Corte di giustizia anche di quelle fattispecie la cui rilevanza comunitaria è dubbia e che si potrebbero addirittura configurare come situazioni “puramente interne”.

Nella sentenza relativa al caso Melloni, si può forse scorgere, da parte della Corte, una argomentazione simmetrica a quella sviluppata in Akerberg Fransson: qualora la materia sia interamente disciplinata dal diritto europeo e non richieda misure nazionali di attuazione (come nel caso in oggetto relativo all’applicazione della decisione quadro n. 2002/584), il rispetto del primato e dell’effettività del diritto europeo – che sono le caratteristiche essenziali dell’ordinamento giuridico dell’Unione, nonché i valori che la Corte è chiamata a preservare – impone che lo

¹ Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C 303/02).

standard di protezione sia quello - e solo quello - sancito dalla Carta, che diviene così al contempo minimo e massimo standard di protezione.

La posizione della Corte nel caso Melloni è dunque *tranchante*: “nella misura in cui il diritto UE rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell’ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal *proprio* ordinamento costituzionale” (VIGANÒ, 2014).

In altri termini, quand’anche la Costituzione di uno Stato membro preveda uno standard di tutela più elevato, questo dovrebbe comunque essere recessivo, nell’ipotesi sopra delineata, rispetto allo standard previsto dalla Carta.

Alla luce di tali esiti non stupiscono, dunque, e anzi acquistano un chiaro significato le parole del Presidente della Corte Vassilios Skouris: “the Court of Justice is not a human rights court; it is the Supreme Court of the European Union”(BESSELINK, 2014).

4.- Karlsruhe, Londra e Madrid: la risposta delle Corti supreme nazionali

Gli esiti cui è pervenuta la Corte di giustizia nei casi sopra considerati non sono stati tuttavia pacificamente accolti né in dottrina né da una parte delle corti supreme nazionali, su tutte il Bundesverfassungsgericht, la UK Supreme Court e in riferimento al caso Melloni, il Tribunale costituzionale spagnolo, le quali hanno instaurato – sebbene con modalità e toni diversi – un confronto serrato con la loro controparte europea.

Il BverfG, in particolare, nella sentenza Counter Terrorism Database Act ha affermato, in maniera diretta, che l’interpretazione della Corte di giustizia nel caso Akerberg “must not be read in a way that would view it as an apparent *ultra vires* act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law’s constitutional order. The Senate acts on the assumption that the statements in the ECJ’s decision are based on the distinctive features of the law on value-added tax, and express no general view”.

Nel caso di specie, che riguarda la compatibilità rispetto al diritto alla privacy della legge che istituisce un database dove conservare i dati di soggetti sospettati di essere coinvolti in azioni terroristiche, la Corte tedesca afferma che si tratta di una “domestic situation” escludendo che alla stessa si possa applicare il diritto dell’Unione.

Sebbene, infatti, anche l’Unione abbia legiferato in materia di trattamento dei dati personali, anche ai fini antiterroristici (Direttive 2006/24, ora per altro annullata dalla ECJ nel caso Digital Rights Ireland Ltd), i giudici di Karlsruhe ritengono che la legge nazionale non costituisca una implementazione nel senso più stretto della direttiva europea e quindi la legge debba essere vagliata alla luce dei diritti costituzionali nazionali senza la necessità di alcun rinvio pregiudiziale alla ECJ.

Si tratta, come si può facilmente intuire, di una reazione – o per usare una efficace espressione di Miguel Maduro a “*contrapunctual exercise*” (MADURO, 2010) - rispetto alle affermazioni della Corte di giustizia, mediante la quale la Corte tedesca intende “assign responsibilities and draw some boundaries” (FONTANELLI, 2014). Tuttavia la soluzione prospettata dai giudici tedeschi, pare, a parere di chi scrive, tracciare una fin troppo netta linea di confine, escludendo dall’orbita del diritto europeo situazioni che invece sembrerebbero – anche solo in parte – ricadere negli ambiti di competenza dello stesso.

Rispetto al caso di specie, infatti, sebbene la legge tedesca non costituisca una implementazione della direttiva 2006/24 CE, tuttavia è innegabile la sussistenza di un certo grado di connessione con la stessa e con l’interesse dell’Unione ad armonizzare il trattamento dei dati sensibili anche ai fini di una più efficace lotta al terrorismo.

Richiama la reazione tedesca ad Akerberg Fransson anche la UK supreme Court nel caso HS2, concernente la procedura legislativa che ha portato all’approvazione del progetto di costruzione di una linea dell’alta velocità, procedura che i ricorrenti ritengono contraria al diritto dell’Unione ed in particolare alla direttiva 2011/92/EU. La sentenza dei giudici di Londra, che pur non riguarda il tema dei diritti fondamentali oggetto del presente contributo, pare tuttavia significativa, in quanto definisce i rapporti tra diritto interno e diritto europeo, in particolare in caso di contrasto, e lo fa

richiamando la giurisprudenza tedesca del caso Counter Terrorism database. In particolare, nella sentenza in oggetto, i giudici di Londra affermano che la supremazia del diritto dell'Unione discende non tanto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ma direttamente dall'European Communities Act del 1972 e quindi il contrasto tra un principio costituzionale e il diritto europeo deve essere risolto dalla Corte britannica come questione di diritto costituzionale (CRAIG, 2014). Posta questa premessa, la UK Supreme Court, nella penna di Lord Reed, richiama la posizione tedesca, laddove afferma che "it appears unlikely that the Court of Justice intended to require national courts to exercise a supervisory jurisdiction over the internal proceedings of national legislatures of the nature for which the appellants contend. There is in addition much to be said for the view, advanced by the German Federal Constitutional Court in its judgment of 24 April 2013 on the Counter- Terrorism Database Act, 1 BvR 1215/07, para 91, that as part of a co-operative relationship, a decision of the Court of Justice should not be read by a national court in a way that places in question the identity of the national constitutional order."

Ques'ultima ipotesi è proprio quella presentatasi ai giudici del Tribunale Costituzionale spagnolo a seguito della sentenza della Corte di Giustizia nel caso Melloni. Come accennato, in tale decisione la Corte di Giustizia ha affermato l'obbligo per la Spagna di dare esecuzione alle previsioni in materia di mandato di arresto europeo anche qualora tale esecuzione comporti una violazione di un diritto (nel caso di specie del diritto ad un processo equo) così come definito nell'ordinamento interno.

Di fronte a una tale prova di forza dei giudici di Lussemburgo, il Tribunale costituzionale spagnolo, pur di fatto conformandosi alla decisione della Corte di Giustizia, in primo luogo ribadisce, come già aveva fatto nella sentenza n. 1/2004, l'esistenza di limiti sostanziali al processo di integrazione europea (contro-limiti), nei quali rientra anche il rispetto dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione. In secondo luogo la Corte supera la sua precedente giurisprudenza circa l'interpretazione del diritto ad un giusto processo, ma lo fa presentando tale *overruling* come l'esito di una propria deliberazione che non pare aver alcun nesso causale con la decisione della

Corte di Giustizia, citata, per altro, solo come un “hermeneutic tool²” (TORRES PÉREZ, 2014: 321). Come correttamente osservato, però, nonostante le dichiarazioni della Corte, “the fact that the Court reversed previous case law because it was compelled by the CJEU cannot pass unnoticed. Again, this attitude reveals the Court’s reluctance to be placed under the interpretative authority of the CJEU” (TORRES PÉREZ, 2014: 321).

Riluttanza e resistenza alla soggezione alla Corte di Giustizia da parte della Corti nazionali, ma anche la consapevolezza di una necessaria cooperazione tra i diversi livelli di tutela: sono queste le note dominanti, come mostrano i casi analizzati, dell’attuale confronto tra Corti supreme nello spazio europeo dei diritti, spazio che tuttavia è ancora in attesa di una compiuta definizione.

5.- Ymeraga e Siragusa: i confini della tutela dei diritti fondamentali – atto secondo

Tornando alla questione sottesa al caso Akerberg Fransson che aveva suscitato la reazione della Corte tedesca, un parziale chiarimento sembra essere stato abbozzato dalla corte di Lussemburgo nei casi Ymeraga (C-87/12) e Siragusa (C-206/13), in cui la Corte, attenendosi ad un atteggiamento di *self-restraint*, pare aver introdotto una sorta di test per valutare se una situazione rientri nell’ambito di applicazione della Carta di Nizza e conseguentemente per definire i confini tra le diverse giurisdizioni.

Il caso Ymeraga fa parte del filone giurisprudenziale relativo alla cittadinanza europea e al godimento dei diritti essenziali ad essa connessi, ed in particolare appartiene alla serie di decisioni improntate ad un certo *self-restraint*, dopo le aperture del caso Ruiz Zambrano, che aveva messo a fuoco il rapporto tra cittadinanza europea e diritti fondamentali, avverando, a detta di molti commentatori, le note parole dell’Avvocato generale Jacobs nel caso Konstantinidis: “un cittadino comunitario [...] dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all’interno dell’Unione europea, sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali, in particolare quelli proclamati dalla Convenzione europea dei diritti fondamentali. In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare “*civis europeus sum*” e di

² Al pari della sentenza della Corte EDU Sejdovic v. Italia, “failing to acknowledged the binding effects of the preliminary ruling requested by the Constitutional Court itself”, Torres Peres, 2014, p. 321.

invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali³».

Con il caso *Ymeraga* la Corte si trova a chiarire se la qualità di cittadino dell'Unione attribuisca un diritto al ricongiungimento familiare in capo al soggiornante che intende ricongiungere intorno a sé, nel paese di residenza di cui ha la cittadinanza, i suoi familiari tutti cittadini di un paese terzo, nel caso in cui costui non abbia esercitato la libertà di circolazione e non risieda in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza».

La risposta della Corte, che chiaramente diparte dalla posizione che mira ad assicurare la sostanza del godimento dei diritti connessi allo status di cittadino, è negativa: non avendo il cittadino dell'Unione esercitato la sua libertà di circolazione la direttiva n. 2004/38 non è applicabile nei suoi confronti. Per questa ragione la normativa nazionale contestata, da cui deriva il diniego del ricongiungimento familiare, non può essere considerata applicazione del diritto europeo ex art. 51 della Carta di Nizza, e conseguentemente “la conformità di tale diniego ai diritti fondamentali non può essere esaminata alla luce dei diritti istituiti da quest'ultima” (par. 43).

È significativo il fatto che solo pochi mesi dopo *Akerberg Fransson* la Corte si affretti a ribadire che l'art. 51 della Carta “non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima”.

Tale ragionamento viene ulteriormente esplicitato nel caso *Siragusa*. Qui la Corte innanzitutto richiama quale è l'obiettivo della tutela dei diritti fondamentali in capo all'Unione che è quello “di vigilare a che tali diritti non siano violati negli ambiti di attività dell'Unione, che ciò avvenga in conseguenza dell'attività dell'Unione o in conseguenza dell'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri. Il perseguimento di tale obiettivo è motivato dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi

³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, causa C-168/91, *Konstadinidis*, 30 marzo 1993, par. 46.

l'unità, il primato e l'effettività del diritto dell'Unione”.

Nel caso in esame, in particolare, che riguardava un'ordinanza-ingiunzione che imponeva al sig. Siragusa la dismissione delle opere realizzate in violazione di norme in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio, la Corte nega la sua competenza non sussistendo una violazione del diritto comunitario in materia di ambiente. Tornando sul significato ex art. 51 di implementazione del diritto dell'unione la Corte, infatti, precisa che tale ipotesi si configura solo laddove esista un “collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra”.

Per stabilire se una normativa nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51 della Carta occorre verificare, tra le altre cose, se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa.

Sebbene l'interpretazione di tali criteri sia tutt'altro che pacifica, come già la dottrina ha sottolineato, tuttavia “looking at the result of the case – the Court declared it had no jurisdiction – the Court also seems to be willing to let fundamental rights cases be decided at the national level, when there is no convincing connection to EU law which would establish its own jurisdiction” (Pirker, 2014).

Come si può intuire mettendo a confronto le conclusioni in *Akerberg Fransson* ed in *Siragusa*, la Corte, dopo una prima fuga in avanti nella tutela dei diritti, sembra essere tornata su posizioni più caute e forse più rispettose dell'autonomia e della sovranità degli Stati membri.

6.- Brevi considerazioni conclusive.

Il rapporto tra Unione Europea e tutela dei diritti fondamentali rimane ancora un tema in cerca di una compiuta e sistematica definizione, tanto che si può per ora solo constatare come dato di fatto che il raggio d'azione dell'Unione europea sembra

proiettarsi sempre di più nella tutela dei diritti fondamentali, ma manca ancora di una vera e coerente policy dei diritti fondamentali. Di contro, la tutela dei diritti fondamentali viene oggi precipuamente affrontata in sede giurisdizionale, attraverso l'incessante processo dialogico tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali (in particolare quelle supreme), i cui esiti sono tutt'altro che prevedibili e lineari: fotografa bene questa situazione Roberto Bin quando afferma che "quello che irenicamente si chiama il dialogo tra le corti è in realtà una tensione e un contrasto sistemico, contrasto che rischia di esplodere tanto più violentemente quanto più ci si avvicina al vertice del sistema, attorno ai temi della sovranità, in quella zona in cui sarebbe consigliabile il silenzio e prudente non pretendere di far luce, perché la luce non può penetrare e chiarezza non può essere fatta senza creare conseguenze molto gravi" (BIN, 2014: 10).

Guardando al "dialogo" tra le Corti nello spazio europeo, il tentativo di stabilire "who has the last word" o la letzte Entscheidung tedesca, pare dunque destinato all'insuccesso perché "la tutela multilivello non postula un sistema coerente di norme e principi che assomigli a un ordinamento costituzionale" (MORRONE, 2014: 18) e quindi non è possibile ridurla a un sistema gerarchico di livelli di tutela. Ciò che l'insistenza nello spazio europeo di ordinamenti diversi, variamente impegnati nella tutela dei diritti fondamentali, sembra oggi suggerire è che solo la ricerca di un continuo e incessante scambio tra dimensione sovranazionale e nazionale potrà contribuire a meglio definire nel tempo i rispettivi confini in un contesto segnato da competing paradigms of rights, power and the relations between constitutional orders" (BESSELINK, 2014 b) :1).

Riferimenti Bibliografici

ALSTON Philip, WEILER Joseph (1998), "An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", in *European Journal of International Law*, Vol. 9, pp. 658-723.

BESSELINK, Leonard (2014), "The ECJ as the European "Supreme Court": Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy", in *www.Verfassungsblog.de*.

BESSELINK, Leonard (2014), "The parameters of Constitutional Conflict after Melloni", in *European Law Review*, August 2014, n.3.

BIN, Roberto (2014), Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa, in *www.Rivistaaic.it*, n. 3/2014.

CAROZZA, Paolo (2004), "The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States", in *The Eu Charter Of Fundamental Rights: Politics, Law And Policy*, Steve Peers & Angela Ward, eds., Hart Publishing Co, p. 35-58.

CRAIG, Paul (2014), "Constitutionalizing Constitutional Law: HS2", in *Oxford Legal Studies Research Paper No. 45/2014*.

DE BURCA, Grennie (2013), "After the EU Charter of Fundamental rights: the Court of Justice as Human rights adjudicator?", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.3/2013.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2010) *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna.

DE VISSER, Maartje (2013), "National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape", in *Legal Studies Research paper*, 47/2013.

FONTANELLI, Filippo (2013) "Hic Sunt Nationes: the Elusive limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog", in *ECLR*, p. 315-334.

LUEBBE WOLFF, Gertrude (2011), "Who has the last Word? National and Transnational Courts -Conflict and Cooperation", in *Yearbook of European Law*, vol. 30 n.1, p. 86-99.

MADURO, M. Poiares (2003), "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action" in *Sovereignty in Transition*, ed. N.Walker, Oxford, p.501-537.

MORRONE, Andrea (2014), Crisi economica e integrazione politica in Europa, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2014.

TORRES PEREZ, Aida (2014), "Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue", in *ECLR*, vol. 10, p. 308-331.

VIGANÒ, Francesco (2014), "Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni", in www.penalecontemporaneo.it.

VON BOGDANDY, Armin (2000), "The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union", in *Common Market Law Review*, n. 37, p. 1307-1338

DERECHOS FUNDAMENTALES Y *JUDICIAL REVIEW*: EL RENOVADO CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA

Carmen Montesinos Padilla

*Investigadora predoctoral
Instituto García Pelayo de Derecho Público Comparado
Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Aday Jiménez Alemán

*Profesor ayudante de Derecho constitucional
Universidade de Vigo*

Sumario:

1.- Introducción.

2.- La Carta de los Derechos Fundamentales: la reafirmación de los principios generales.

3.- Nuevas dificultades.

4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas

Resumen en español

DERECHOS FUNDAMENTALES Y *JUDICIAL REVIEW*: EL RENOVADO CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA

A lo largo de su historia, el ahora TJUE ha cumplido un rol esencial en el proceso de integración europea. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consecuente conversión de la CDFUE en un verdadero parámetro de control de validez de los actos normativos de la UE se ha reforzado el papel protagonista del Tribunal de Luxemburgo en la constitucionalización del sistema de la Unión. Pero el reconocimiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que el atribuido a los Tratados constitutivos no sólo ha supuesto la posibilidad de su utilización interna/horizontal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa insta a su uso externo por los ciudadanos europeos ante los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros.

En este trabajo se analiza la evolución de la *judicial review* encomendada al TJUE en esta nueva era, adelantando que si bien la invocación de la Carta por las instituciones europeas para instar el control de validez de los actos normativos de la Unión no ha planteado un mayor obstáculo, la situación ha sido bien distinta en los supuestos de aplicación externa/vertical de la CDFUE.

Abstract in italiano

DIRITTI FONDAMENTALI E *JUDICIAL REVIEW*: IL RINNOVATO COSTITUZIONALISMO DELL'UNIONE EUROPEA

Nel corso della sua storia, la Corte di giustizia europea ha oggi svolto un ruolo chiave nel processo di integrazione europea. L'entrata in vigore del trattato di Lisbona e la successiva conversione della CDFUE in un parametro di validità reale di controllo di atti legislativi dell'Unione europea ha rafforzato il ruolo centrale della Corte di Lussemburgo nella costituzionalizzazione del sistema comunitario. Ma il riconoscimento alla CDFUE dello stesso valore giuridico dei trattati non solo implica la possibilità di utilizzo orizzontale/interno da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione, ma l'entrata in vigore del trattato di Lisbona chiede che per uso esterno da parte dei cittadini europei dinanzi ai giudici degli Stati membri nazionali.

In questo lavoro studieremo l'evoluzione del controllo giurisdizionale affidato alla Corte di giustizia europea in questa nuova era, avanzando che, mentre l'invocazione della Carta da parte delle istituzioni europee per sollecitare il controllo della validità degli atti legislativi dell'Unione non è stato un importante ostacolo, la situazione è molto diversa nei casi di applicazione esterna/verticale della CDFUE

Abstract in English

FUNDAMENTAL RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: THE RENEWED CONSTITUTIONALISM OF THE EUROPEAN UNION

During its history, the current Court of Justice of the European Union has developed an instrumental role in the European integration process. This leading role of the Luxembourg Court has been reinvigorated due to the entry into force of the Lisbon Treaty and the resulting conversion of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in a real parameter to control the validity of the European Union's normative acts. However, the recognition of the same legal value as the constitutive treaties received by the Charter not only has supposed the possibility of its use at the European institutions level, but by the European citizens as well, when they lodge an application at the Member States' national courts.

With this work we analyse the evolution of the judicial review done by the Court of Justice of the European Union in this new era. We can advance that, although the use of the Charter by the European institutions to control the validity of the normative acts of the Union has not been an insurmountable obstacle, the situation has been quite different when the Charter of the European Union is applied externally.

1.- Introducción

A lo largo de su historia, el ahora TJUE ha cumplido un rol esencial en el proceso de integración europea. En una primera fase, la actividad de este órgano jurisdiccional fue determinante para la delimitación de los principios de autonomía, primacía y eficacia directa. A nadie escapa, además, lo insólito de las célebres Sentencias en los asuntos *Van Gend en Loos* y *Costa v. Enel* desde la perspectiva del Derecho internacional. En dichos pronunciamientos no sólo encontramos el reconocimiento del Derecho de la Unión como un ordenamiento jurídico autónomo cuyas normas gozan de efecto directo y primacía sobre los derechos estatales, sino también un ordenamiento que otorga deberes y derechos a los individuos sujetos a este ordenamiento:

“el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.” (Caso 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963).

Y precisamente la búsqueda de la justificación de dichos principios frente a la acérrima defensa por los Estados nacionales de los derechos y libertades fundamentales consagrados en sus textos constitucionales, fue el motivo que impulsó la construcción de un sistema pretoriano de derechos en el sistema jurídico de la ahora UE.

El desarrollo del proceso de integración en lo que a la delimitación de las relaciones interordinamentales en materia de derechos estuvo y, en cierto modo, sigue estando marcado por la doctrina de los *contralimiti*, iniciada por la *Corte Costituzionale* italiana¹ y a la que han dado vigor tanto el TCF alemán² como el propio

¹ Sentencia en el asunto Frontini, de 27 de diciembre de 1973.

TC español³. Entendida como la “reivindicación política de los tribunales constitucionales de manifestar la última palabra en materia de derechos”⁴, a través de la teoría de los contralímites los altos tribunales nacionales pretendieron condicionar la aplicación efectiva del principio de primacía del Derecho de la Unión al cumplimiento por el mismo de los derechos positivizados en los respectivos textos constitucionales. Dadas las circunstancias, el por aquel entonces TJCE no tardó en construir una doctrina jurisprudencial en materia de derechos (que pasaron a ser reconocidos como principios generales de las entonces Comunidades Europeas: Sentencia en el asunto *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969) inspirada en las tradiciones constitucionales comunes (Sentencia en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970) y los tratados internacionales en la materia ratificados por los Estados miembros (Sentencias en los asuntos *Nold*, de 14 de mayo de 1974, y *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979), especialmente el CEDH (Sentencia en el asunto *Rutili*, de 28 de octubre de 1975).

Pero la creación de un verdadero sistema de derechos a golpe de sentencia no sólo permitió atemperar los ánimos de los Estados miembros sino que, como advierte WEILER, en la doctrina jurisprudencial de Luxemburgo se encuentran los orígenes del constitucionalismo europeo⁵. Los avances hacia una verdadera Unión política se consagraron con la proclamación de la Carta de Niza en diciembre de 2000, que aún careciendo de carácter jurídico vinculante, fue aplicada por el propio Tribunal de Luxemburgo en al menos una ocasión (STJCE en el asunto *Jegó-Queré*, de 3 de mayo de 2002).

Con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las entonces instituciones comunitarias instaron el uso de la Carta de Niza como parámetro de control de la actividad europea. Así, por ejemplo, la Comisión asumió en marzo de 2001 que toda propuesta de acto normativo sería sometida a un control de

² Secuencia *Solange* y Sentencia sobre la ratificación del Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009.

³ Declaraciones 132/1992, de 1 de julio y 1/2004, de 13 de diciembre, así como, en cierto modo, la STC 26/2014, de 13 de febrero, que resuelve el recurso de amparo que dio lugar al primer reenvío prejudicial en la historia del Alto Tribunal español

⁴ BIAVATI (2012: 6-7)

⁵ WEILER (1997).

compatibilidad con la Carta (SEC(2001)380/2). De mayor interés a los efectos de este trabajo resulta la invocación por el Parlamento Europeo ante el TJCE de una presunta vulneración de los arts. 7 y 21 de la Carta por la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (STJCE en el asunto *Parlamento Europeo c. Consejo*, de 27 de junio de 2006). La Carta de Niza fue también aplicada por los tribunales domésticos de distintos Estados miembros⁶ e inspiró la actividad legislativa de muchos de ellos⁷. Pero con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, fueron las instituciones comunitarias las destinatarias naturales de la Carta, y lo fueron sólo de forma indirecta o, en otros términos, con carácter interpretativo⁸.

Poco menos de una década después, la progresiva profundización en el proceso de integración, la concienciación de los efectos de las políticas europeas sobre los derechos y libertades individuales y el reconocimiento de carácter jurídico vinculante a la CDFUE, han hecho que en la actualidad el escenario europeo sea completamente distinto: *“Today, no one contests that the protection of fundamental rights has become a central issue, especially in the development of the area of freedom, security, and justice”*⁹. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consecuente conversión de la CDFUE en un verdadero parámetro de control de validez de los actos normativos de la UE se ha reforzado el papel protagonista del Tribunal de Luxemburgo en la constitucionalización del sistema de la Unión¹⁰. Pero el reconocimiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que el atribuido a los Tratados constitutivos no sólo ha supuesto

⁶ En el caso español, por ejemplo, STS de 11 de junio de 2004, *RAJ*, RJ 2004/5052, p. 4.

⁷ En el caso español pueden señalarse, entre muchas otras, la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modificó la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en cuya Exposición de Motivos se hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva con fundamento no sólo al art. 24 CE; la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, en cuya Exposición de Motivos se hace también referencia a la Carta, aunque en este caso respecto del principio de igualdad desde una perspectiva de género o en relación con las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas.

⁸ ALDECOA LUZÁRRAGA, F., GUINEA LLORENTE, M. (2010): 29-30, 87-90

⁹ ROBIN-OLIVIER (2014): 187.

¹⁰ SARRION ESTEVE, J. (2013)

la posibilidad de su utilización interna/horizontal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa insta a su uso externo por los ciudadanos europeos ante los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros. Así, el objetivo de este trabajo es analizar la evolución de la *judicial review* encomendada al TJUE en esta nueva era¹¹. En este sentido es posible ya adelantar que la invocación de la Carta por las instituciones europeas para instar el control de validez de los actos normativos de la Unión no debiera plantear demasiados problemas. Sin embargo, la situación podría ser bien distinta en los supuestos de aplicación externa/vertical de la CDFUE. El uso del catálogo de derechos europeo como parámetro de control de la actividad de los Estados miembros es controvertido, pues aún habiendo transcurrido ya prácticamente cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, todavía no queda claro cuál es el alcance real del art. 51.1 CDFUE¹².

2.- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la “reafirmación” de los principios generales

El reconocimiento de carácter jurídico vinculante a un catálogo propio de derechos ha sido resultado de un largo proceso que, como señalábamos en el primer epígrafe de este trabajo, hunde sus raíces en la labor pretoriana del Tribunal de Luxemburgo. Pero no fue hasta la quinta iniciativa de carácter político (tras los intentos frustrados de 1977, 1984, 1989 y 1994)¹³ cuando aquella labor jurisprudencial del máximo intérprete de los Tratados constitutivos logró plasmarse en un texto único. Antes de adquirir carácter jurídico vinculante, la Carta de Niza fue utilizada por el entonces TJCE como punto de referencia, como una fuente subsidiaria de Derecho de la Unión con la que consolidar su doctrina. Así, en su Sentencia en el caso *Max.mobil Telekommunikations Service GmbH v Commission of the European Communities*, de 30 de enero de 2002, T-54/99, el TPI afirmó en dos ocasiones que la Carta “confirma” derechos (en esa ocasión derecho a la buena administración y a la tutela judicial efectiva) contenidos en los principios generales del Estado de Derecho y en las

¹¹ MUIR, E. (2014).

¹² GROUSSOT, X., PECH, L., PETURSSON, G.T. (2013): 96-118

¹³ DUTHEIL DE LA ROCHERE (2009).

tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Esta tendencia al uso de la Carta de Niza como una suerte de mecanismo de “reafirmación” de los derechos derivados de los principios generales del entonces Derecho comunitario fue la seguida en las Sentencias en los casos *Unibet [London] Ltd and Unibet [International] Ltd v Justitiekanslern*, de 13 de marzo de 2007, C-432/05, y *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*, C-303/05, de 3 de mayo de 2007 (de nuevo el derecho a la tutela judicial efectiva en la primera sentencia y los principios de legalidad de los delitos y las penas e igualdad y no discriminación).

Existiendo esta predisposición favorable de los órganos jurisdiccionales de la Unión hacia la consideración de los derechos fundamentales como parámetros de constitucionalidad era previsible que, una vez adquirieran pleno valor normativo, las sentencias anulando actos de las propias instituciones de la Unión no tardasen en llegar. De hecho, desde las instituciones europeas se sigue recordando que éstas son las principales destinatarias de la Carta¹⁴.

Así, antes del primer aniversario de la entrada en vigor de la Carta como documento plenamente normativo, llega la primera sentencia que declara nulas disposiciones contenidas en actos normativos de la Unión Europea tomando la Carta como parámetro de enjuiciamiento. En la Sentencia de los casos acumulados C-92/09 y C-93/09 *Volker and Markus Schecke and Hartmut Eifert v Land Hessen*, de 9 de noviembre de 2010, varios artículos del Reglamento (CE) nº 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de 2007 devinieron nulos por vulnerar el contenido esencial de los derechos a la protección de la vida privada y de los datos de carácter personal (arts. 7 y 8 de la Carta). El Consejo y la Comisión se excedieron al exigir la publicación a través de Internet de datos personales de las personas físicas beneficiarias de ayudas de fondos

¹⁴ “The Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) is addressed, first and foremost, to the EU institutions. It complements national systems and does not replace them. Member States are subject to their own constitutional systems and to the fundamental rights set out in these. Member States need only have regard to the Charter when their national measures implement EU law, as stipulated in Article 51 of the Charter.” *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2013*. Comisión Europea, Bruselas (2014).

relacionados con la política agrícola común. A pesar de que con esta medida se perseguía aumentar la transparencia de la Unión y en la utilización de fondos públicos, el análisis ponderado entre los derechos fundamentales consagrados en la Carta y el interés de la Unión mostró en este caso un desequilibrio hacia este último.

Incluso un mismo asunto ha dado lugar a la anulación de dos reglamentos en una sucesión de sentencias relacionadas con el caso Kadi (Kadi/Al Barakaat, sentencia 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de Europa, C-402/05 P y C-415/05 P, y Kadi II, sentencia de 18 de julio de 2013, Reino Unido, Consejo y Comisión/Kadi, C-584/10P, C-593/10P y C-595/10P). El Consejo aprobó el Reglamento 881/2002 para aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dirigidas a que los Estados Miembros congelaran los fondos y activos financieros vinculados a personas relacionadas con Usama bin Laden, reglamento que incluía anexa un listado de personas. Tras las primeras sentencias del Tribunal de Primera Instancia que consideró que este tipo de reglamentos quedaban bajo una inmunidad de jurisdicción, el Tribunal de Justicia aclaró que los tribunales de la Unión han de garantizar el control de la legalidad de todos los actos de la Unión, incluyendo a los reglamentos que aplican resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Así, este reglamento fue declarado nulo al resultar lesivo para el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, ya que no se le trasladaron al Sr. Kadi los datos y los motivos por los que había sido incluido en la lista. En aplicación de esta Sentencia, la Comisión emanó un nuevo reglamento y trasladó el resumen de los motivos de la inscripción en la lista al Sr. Kadi, manteniendo su inclusión. Este reglamento fue a su vez anulado por el Tribunal General, considerando que los datos y pruebas sobre los que se había sostenido la inclusión no habían sido comunicados y el resumen de motivos que sí se había trasladado era demasiado vago, lo que volvía a suponer una vulneración del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Sentencia del Tribunal General fue impugnada por la Comisión, el Consejo y el Reino Unido. El Tribunal de Justicia anuló el nuevo reglamento de la Comisión, aunque considerando que el Tribunal General se había equivocado en su interpretación del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial. Al no estar

fundadas las alegaciones de implicación del Sr. Kadi en actividades relacionadas con el terrorismo internacional en datos o pruebas fehacientes, la Unión no puede adoptar semejantes medidas restrictivas.

En cuanto a las directivas, también han sido objeto de anulación desde el caso C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v Conseil des ministres*, 2011, que tuvo motivo en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Bélgica, sobre la compatibilidad entre la prohibición de cualquier discriminación por razón de sexo y el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos (arts. 21 y 23 de la Carta) y la ley belga sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres por razón de sexo en materia de seguros, se observó la incompatibilidad con estos dos principios de la disposición normativa de la Directiva que permitía a los Estados miembros conservar una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo durante un periodo ilimitado.

Y no podemos dejar destacar la sentencia *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, de 8 de abril de 2014, C-293/12 y C-594/12. También a raíz de cuestiones prejudiciales, planteadas por el *High Court* irlandés y el Tribunal Constitucional austriaco, acabó determinándose como nula la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. El Tribunal de Justicia consideró que el principio de proporcionalidad no se había respetado al no contener la Directiva garantía de que las injerencias en los derechos fundamentales vayan más allá de lo necesario. La Directiva abarcaba de forma generalizada a todas las personas, medios de comunicación y datos, sin establecer límites en la actuación de las autoridades nacionales competentes ni garantías que impidan abusos y el acceso y utilización ilícitos de los datos.

A su vez, vienen siendo frecuentes las sentencias en las que el Tribunal establece una interpretación compatible con la Carta, como ocurrió en el caso C-70/10, *Scarlet v Sabam*, de 24 de noviembre de 2011. En esta Sentencia se aclaró que las cinco directivas enjuiciadas y relacionadas con la sociedad de la información, derechos

de propiedad intelectual y a la protección de datos personales, tras ponderar el derecho a la propiedad intelectual frente a los demás derechos enfrentados, no avalan el establecimiento de un sistema de filtrado indiscriminado, por orden judicial, que pueda identificar archivos que contengan obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del caso *Brüstle c. Greanpeace*, de 18 de octubre de 2011, que aclaró, entre otras cuestiones, la definición del concepto de “embrión humano” contenido en la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Y también en la muy relevante sentencia *Google Spain, S.L. y Google Inc., c. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, de 13 de mayo de 2014, C-131/12, se hace una interpretación de diversas disposiciones normativas de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos acorde con el derecho al respeto de la vida privada. Se reconoce el derecho de un particular a solicitar que la información relativa a su persona no esté a disposición pública general a través de los resultados obtenidos por un motor de búsqueda, siempre que no haya un interés público preponderante en el acceso a la información.

Hasta los anuncios de concursos generales para proveer puestos vacantes de funcionarios en las instituciones europeas han sido objeto de anulación, como en el caso C-566/10 P, *República de Italia c. Comisión*, de 27 de noviembre de 2012. Sin embargo, en el conocido caso *Besselink*, T-331-11, de 12 de septiembre de 2013, el recurso de anulación interpuesto por un profesor de Derecho constitucional, a quien se le negó acceso a un documento que contenía el borrador de una decisión que autorizaba a la Comisión a negociar el tratado de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, aunque prosperó, no fue en base a la alegada violación de los derechos a la libertad de expresión, sino a una mera cuestión de legalidad: el Consejo no aportó ninguna explicación acerca del interés público a proteger.

3.- Nuevas dificultades

El análisis jurisprudencial desarrollado a lo largo de este trabajo nos permite confirmar la premisa de partida: la utilización de la CDFUE como parámetro iusfundamental de control de la actividad normativa de las instituciones, órganos y organismos de la UE es pacífica. Supone un paso más en el proceso de constitucionalización del sistema jurídico europeo, pero ha sido asumida con normalidad por la UE. Ahora bien, el reconocimiento de carácter jurídico vinculante a la CDFUE comporta desafíos no poco relevantes para la efectiva protección jurisdiccional de los derechos en el espacio europeo. Y la controvertida delimitación de su ámbito de aplicación sigue siendo el paradigma de la problemática desatada por la concurrencia de una multiplicidad de catálogos aplicables en un mismo territorio.

La polémica suscitada por las Sentencias en los asuntos *Elleniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas (ERT)*, de 18 de junio de 1989 y *Wachauf*, de 13 de julio de 1989, que iniciaron una tendencia doctrinal de interpretación amplia de los supuestos de aplicación nacional del entonces Derecho comunitario, vuelve a ocupar un lugar central en el debate de la doctrina especializada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Se trata ahora de determinar bajo qué circunstancias los tribunales nacionales podrán hacer uso de la CDFUE como parámetro de control de la actividad de los Estados miembros resultante del cumplimiento del Derecho de la Unión. Como advierte el Abogado General Yves BOT en sus conclusiones (pár. 117) al caso *Ivanna Scalotton c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, de 5 de abril de 2011: “En tanto que los defensores de una concepción restrictiva del concepto de aplicación del Derecho de la Unión mantienen que ésa se refiere sólo a la situación en la que un Estado miembro actúa en calidad de agente de la Unión, los valedores de una concepción extensiva afirman que ese concepto se refiere con mayor amplitud a la situación en la que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

En opinión de los autores de estas páginas, una interpretación excesivamente restrictiva del art. 51.1 CDFUE dificultaría sobremanera el uso de la CDFUE como parámetro de control de la actividad de los Estados en respuesta a sus obligaciones

como miembros de la Unión. Por su parte, no debe descartarse la utilización de la CDFUE a tales efectos en un sentido amplio, esto es, en supuestos de actividad nacional vinculada en términos muy generales al ámbito del Derecho de la UE, podría desembocar en el peligroso reconocimiento a esta organización supranacional de poderes para operar una *judicial review* que tendría por objeto el Derecho nacional que simplemente afectara al amplio abanico de materias que abarca la propia CDFUE¹⁵.

A la polémica cuestión de la delimitación del ámbito de aplicación de la CDFUE debe añadirse el no menos peliagudo problema de la concurrencia de distintos estándares de protección. La lógica de la tutela multinivel de los derechos, basada en la aplicación del estándar de protección más elevado, puede peligrar en aquellos supuestos en los que, en cumplimiento de sus obligaciones supranacionales, un Estado miembro de la Unión se vea constreñido al cumplimiento de una norma de Derecho derivado que suponga un menor nivel de protección de los derechos que el ofrecido por su propio ordenamiento¹⁶. O al menos así parece derivarse de las SSTJUE en los asuntos *Melloni c. España* y *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, ambas de 26 de febrero de 2014. A partir del análisis conjunto de estas resoluciones puede concluirse que en los supuestos en los que el Estado miembro no goce de discrecionalidad alguna para la aplicación del Derecho de la UE, el mismo habrá de aplicar los estándares de protección establecidos por la CDFUE. En caso contrario, esto es, en los que no exista una plena armonización, el Estado podrá elegir el estándar iusfundamental para el control del Derecho derivado aunque, eso sí, siempre bajo la condición ineludible del respeto del estándar mínimo de la CDFUE y del principio de primacía del Derecho de la UE.

La salvaguarda de los principios del sistema jurídico de la Unión prescrita por estas resoluciones permite prever la excepcionalidad de los supuestos en los que efectivamente pueda llevarse a cabo un desplazamiento de los estándares de la CDFUE a favor de los nacionales, cuando estos últimos supongan un mayor nivel de

¹⁵ YOWELL (2012: 117-121)

¹⁶ TENORIO SÁNCHEZ (2013: 32-34)

protección. En estos casos de mayor protección en el nivel nacional, la clave se encuentra en el control de la conformidad del estándar europeo al CEDH pues, no debe olvidarse, según el art. 53 CDFUE: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en (...) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Si bien lo normal será que se constate dicha adecuación, la posibilidad de confrontación no es del todo hipotética. Incluso respecto de la polémica cuestión de la ejecución de la Euro-orden, subyacente al asunto *Melloni*, cabe plantearse si la aplicación de la DM 2009/299/JAI resulta compatible en todo caso con el CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero la UE todavía no es parte del Convenio de Roma,. En caso de plantearse un supuesto de presunta vulneración del CEDH por la actividad normativa de la Unión, la única vía posible, a día de hoy, es instar el control del Tribunal de Estrasburgo sobre la actividad de los Estados resultante del cumplimiento de sus obligaciones supranacionales. Ésta del necesario control directo de la actividad de la UE es una, por no decir la principal razón que ha impulsado los esfuerzos para hacer efectiva la ya no tan lejana adhesión al CEDH. Pero la adhesión de la Unión al Convenio de Roma impone también el respeto de la autonomía del sistema jurídico europeo, por lo que el riesgo de superponer las condiciones impuestas por la UE sobre el verdadero objetivo de la adhesión, es evidente¹⁷.

Finalmente, si de lo que se trata es de identificar los nuevos desafíos que supone el reconocimiento de carácter jurídico vinculante a la CDFUE para la efectiva protección de los derechos, no puede dejar de mencionarse aquí que este catálogo incorpora derechos que difícilmente encuentran encaje en el ámbito competencial de la UE, y que incluso no se corresponden con derechos incluidos en las constituciones nacionales ni en el Convenio europeo de derechos humanos. Y ello a pesar de que según el art. 6.1 TUE y el art. 51 CDFUE, esta no supone ni ampliación ni atribución de nuevos poderes a la Unión. A lo anterior debe añadirse, claro está, la enunciación de

¹⁷ GRAGL (2013: 10)

principios, difícilmente reconocibles, que reconduce al debate, en nuestra opinión algo desfasado, sobre la distinción entre derechos de no intervención y derechos positivos.

4.- Conclusiones

Como el propio Tribunal lo ha entendido, la Carta ha supuesto una “reafirmación” de la práctica previa y su racionalización, pero también la materialización de un control de constitucionalidad en base a derechos fundamentales, por más que en etapas anteriores este se viniera realizando subrepticamente. Los números nos permiten observar esta afirmación: los órdenes jurisdiccionales de la Unión Europea vienen citando cada vez con mayor frecuencia la Carta, hasta casi triplicar el número de referencias desde 2011 (43 en 2011, 87 en 2012, 114 en 2013).¹⁸ Al igual que el control desarrollado sobre los actos normativos de la Unión Europea, con la anulación de reglamentos, directivas y decisiones.

Ahora bien, que la Carta y el reconocimiento de su carácter jurídico vinculante no supongan *per se* una revolución en cuanto a la realidad de la protección de los derechos en el marco del sistema de la Unión, no significa que podamos obviar las consecuencias del reconocimiento de su valor jurídico vinculante para el incipiente proceso de formación del constitucionalismo europeo, atenazado por obstáculos de muy difícil superación, entre los que destaca el déficit democrático: *“In the face of a growing democratic legitimacy, the Court develops its human rights jurisprudence. Community (and Union) norms might suffer from democratic deficiencies, but at least they will be protected against violation of fundamental human rights.”*¹⁹

La Unión Europea constituye el ejemplo paradigmático de mayor y más profunda comunidad jurídica a nivel internacional. Como ha afirmado U. Beck “a Europa no nos mantiene unidos un demos o pueblo ni un Gobierno. La legislación es el centro de la Unión Europea”²⁰. El ejercicio de la *judicial review* por parte del Tribunal del Luxemburgo con carácter previo al Tratado de Lisboa era ya una de las manifestaciones de la constitucionalización europea. Esa identidad constitucional se ve

¹⁸ *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2014.*

¹⁹ WEILLER (2011: 688)

²⁰ http://cultura.elpais.com/cultura/2014/08/15/actualidad/1408118079_469557.html

reforzada gracias a la incorporación de la Carta como parámetro de constitucionalidad. Si este hecho lo contextualizamos en la globalización e integración jurídica, en el que destaca el fenómeno que se viene conociendo como *juristocracia*²¹ o traslado de la capacidad de toma de decisiones a órganos jurisdiccionales, nos encontramos ante un paso importante hacia la articulación de un sistema de gobernanza que construyéndose más allá de las fronteras estatales pueda ser considerado como expresión de los principios del constitucionalismo.

Referencias bibliográficas

ALDECOA LUZÁRRAGA, F., GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene. El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 29-30, 87-90.

ALLARD, Jullie y GARAPON, Antoine, (2005). *Les juges dans la mondialisation: La nouvelle révolution du droit*, Paris: Editions du Seuil.

BAQUERO CRUZ, Julio (2006). "The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice". *International Journal of Legal Information*, vol. 34, nº 2, pp. 223-245.

BIAVATI, P. (2012), "La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los Estados", *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28.

BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo y BECERRIL ATIENZA, Belén (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo V: Sistema Jurisdiccional de la UE. Madrid: Aranzadi.

BESSION, Samantha (2011). "European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy : Thinking outside the Judicial Box" en Patricia Popelier, Catherine Van de Heyning, Piet Van Nuffel (eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order : the Interaction between the European and the National Courts*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 97-145

²¹ ALLARD y GARAPON (2005).

Comisión Europea, *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2013*, Bruselas.

Comisión Europea, *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2014*, Bruselas.

DÍAZ CREGO, M. (2005). “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, pp. 139–176.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline (2009). “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales”, en BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo y BECERRIL ATIENZA, Belén (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo II: Derechos fundamentales. Madrid: Aranzadi.

FONTANELLI, Filippo (2014). “National Measures and the Application of the EU Charter of Fundamental Rights – Does curia.eu Know iura.eu?”. *Human Rights Law Review*, nº 14, pp. 231-265.

GRAGL, Paul, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2013

GROUSSOT, X., PECH, L., PETURSSON, G.T., “The Reach of EU Fundamental Rights on Member State Action After Lisbon”, DE VRIES, S., BERNITZ, U.,

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (2012). “The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ’S Approach to Fundamental Rights”. *Common Market Law Review*, nº 49, pp. 1565-1612.

KERIKMÄE, Tanel (ed.) (2014). *Protecting Human Rights in the EU*. Springer: Verlag Berlin Heidelberg.

KÜHLING, J. “Fundamental Rights” en A. von Bogdandy y J. Bast (eds.) (2010), *Principles of Constitutional Law* Oxford: Hart, pp. 479–514.

MACÍAS CASTAÑO, José María (2014). *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional: El asunto Melloni*. Barcelona: Atelier.

MONEREO ATIENZA, C. (ed.) (2012). *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares.

MUIR, ELISE (2014). "The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges". *Common Market Law Review*. Nº 51, pp. 219-246.

MULLER, Jean-Werner (2010). "Three Constitutionalist Responses to Globalization" en Macedo, Stephen y Tullis, Jeffrey (eds.), *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton: Princeton University Press.

PEERS, Steve, HERVEY, Tamara, KENNER, Jeff y WARD, Angela (eds.) (2014). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart.

ROBIN-OLIVIER, Sophie (2014). "The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, nº 1, 165–188.

ROSENFELD, Michael (2006). "Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court", *Cardozo Legal Studies Research Paper*, No. 157.

SARMIENTO, Daniel (2013). "Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe", *Common Market Law Review*, nº 50, 1267-1304.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín (2013), *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.

TENORIO SÁNCHEZ, P., (2013) "Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo?", *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 31.

WEATHERILL, S., *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, 2013, pp. 96-118.

WEILLER, J. H. H. (2011). "The political and legal culture of European integration: An exploratory essay". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nº 3-4, 678–694.

WEILLER, J. H. H. y TRATCHMAN, Joel P. "European Constitutionalism and Its Discontents". *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, nº 1, 354-397.

I DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIALOGO TRA CORTI, UNA COSTITUZIONE *IN FIERI*?

Valentina Capuozzo

Università di Napoli Federico II

Sommario:

- 1.- Unitarietà costituzionale europea e tutela dei diritti fondamentali:
l'“integrazione mediante il diritto”.
- 2.- Rinvio pregiudiziale e integrazione europea.
 - 2.1.- Le recenti evoluzioni giurisprudenziali sul rinvio pregiudiziale: una valorizzazione applicativa.
- 3.- Dialogo tra Corti e Costituzione europea.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

I diritti fondamentali nel dialogo tra Corti, una Costituzione *in fieri*?

La prospettiva di analisi che si propone intende esaminare il ruolo svolto dalle Corti giurisdizionali europee nella definizione e nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. In particolare, si intende focalizzare l'attenzione su quel processo circolare posto in essere dalla Corte di giustizia, che, dopo aver estrapolato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, oltre che dalla CEDU, i principi idonei alla tutela dei diritti fondamentali, li ha poi rielaborati, armonizzandoli, ed infine li ha restituiti agli operatori interni al fine di favorirne l'applicazione rispetto alle norme di attuazione del diritto dell'Unione. In questo contesto di alimentazione reciproca, si pone la questione del rapporto dell'ordinamento europeo con le Costituzioni nazionali. Più specificamente, pare opportuno soffermarsi sul quesito circa la possibile "europeizzazione" dei principi costituzionali nazionali e sul ruolo che lo strumento del rinvio pregiudiziale può svolgere nell'ambito di questa "integrazione mediante il diritto". In tal senso, una valorizzazione applicativa del rinvio pregiudiziale pare potersi cogliere in relazione a diversi fattori. Innanzitutto, di particolare rilievo è l'analisi del recente orientamento giurisprudenziale della Corte EDU che condanna lo Stato che ometta immotivatamente di porre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (sentenza Dhahbi c. Italia). Poi, avendo riguardo all'esperienza italiana, dall'esame delle ordinanze nn. 102/2008 e 207/2013 sembra venire in luce la fine di quell'atteggiamento di chiusura che la Corte costituzionale aveva assunto nei confronti del rinvio, che aveva contribuito a quella sorta di "emarginazione" dallo scambio col diritto europeo, a fronte di un sempre maggiore protagonismo dei giudici comuni.

Si coglie, quindi, nell'analisi delle dinamiche giurisprudenziali in tema di diritti fondamentali, la dimensione di un "ordine intercostituzionale in costruzione" che si arricchisce con la specificità delle identità costituzionali proprie di ciascun ordinamento, rendendo l'Europa unita nelle sue diversità e costituendo, si auspica, la premessa per una compiuta Costituzione europea.

Resumen en español

Los derechos fundamentales en el diálogo entre las Cortes, una Constitución en desarrollo?

La perspectiva de análisis propuesta tiene el propósito de examinar el papel desempeñado por las Cortes jurisdiccionales europeas en la definición y protección de los derechos fundamentales en Europa. En particular, la atención se concentra en aquel proceso circular puesto en acción por la Corte de justicia, la cual, después de haber extrapolado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y además de la CEDU, los principios idóneos para la protección de los derechos fundamentales, los ha sucesivamente reelaborado, armonizándolos, y por fin los ha devuelto a los operadores internos con la finalidad de favorecer su aplicación con respecto a las normas de actualización del derecho de la Unión. En este contexto de alimentación recíproca, se pone la cuestión de la relación del ordenamiento europeo con las Constituciones nacionales. Más específicamente, parece adecuado detenerse a la cuestión sobre la posible “europeización” de los principios constitucionales nacionales y sobre el papel que el instrumento del reenvío prejudicial puede desempeñar en el ámbito de esta “integración a través el derecho”. En este sentido, una valorización aplicativa del reenvío prejudicial parece pueda cogerse en relación a diferentes factores. En primer lugar, de especial relevancia es el análisis de la reciente orientación jurisprudencial de la Corte EDU que condena el Estado que, sin motivo, omita poner una cuestión prejudicial a la Corte de justicia (sentencia *Dhahbi c. Italia*). A continuación, tomando en consideración la experiencia italiana, el examen de los autos nn. 102/2008 e 207/2013 parece revelar el fin de aquella actitud de cierre que la Corte constitucional había tenido respecto al reenvío, y que había contribuido, en sustancia, a aquella especie de “marginación” del intercambio con el derecho europeo, frente a un creciente protagonismo de los jueces comunes. Se observa, por lo tanto, a través del análisis de las dinámicas jurisprudenciales relativas a los derechos fundamentales, aquella dimensión de “orden interconstitucional en construcción” que se enriquece, cada vez, con la especificidad de las identidades constitucionales propias de cada ordenamiento, construyendo una Europa unida en sus diversidades y, se confía, la premisa para una cumplida Constitución Europea.

Abstract in English

Fundamental rights in the dialogue between Courts, a Constitution that is making?

The analysis that aims will examine the role played by the European Courts in the definition and protection of fundamental rights in Europe. In particular, we intend to concentrate on the circular process implemented by the Court of Justice, which, after having extrapolated from the constitutional traditions of the Member States, as well as by the ECHR, the principles suitable for the protection of fundamental rights, there has also revised to harmonize them, and then it returned them to the internal operators in order to facilitate their application in relation to the rules implementing EU law. In this context of mutual support there is the question of the relationship of the European legal system and national Constitutions. More specifically, it seems appropriate to question about the possible “europeanisation” of national constitutional principles and the role that the preliminary ruling of the Court of Justice can play in this “integration through law”. In this sense, a development application of the preliminary ruling of the Court of Justice seems to emerge in relation to several factors. First of all particular important is the analysis of the recent case-law of the Court of Human Rights condemning the State fails to ask the preliminary rule to the Court of Justice without a statement of reasons (decision *Dhahbi c. Italia*). Then, having regard to the Italian experience, the examination of the decisions No. 102/2008 and No. 207/2013 seems to point out the end of the attitude of closure that the Constitutional Court had taken to the preliminary ruling. As a matter of fact, this behaviour had contributed to cause a kind of exclusion from the exchange with European law for the Constitutional Court, in the face of an ever-increasing role played by the ordinary judges. This analysis of the case-law about fundamental rights shows a kind of “interconstitutional order under construction”; a “route” that is enhanced with the specific constitutional identity of the legal system of each Member State, making Europe united in its diversity and forming, it is hoped, the premise for a completed European Constitution.

1.- Unitarietà costituzionale europea e tutela dei diritti fondamentali: l'“integrazione mediante il diritto”.

Quando ci si riferisce al tema dei diritti fondamentali nel contesto europeo e al conseguente sistema della loro tutela “multilivello”¹, occorre necessariamente prendere in considerazione il ruolo svolto dalle Corti europee nella loro definizione. Centrale in tal senso è l'attività svolta dalla Corte di giustizia, dalla cui analisi si coglie la dimensione del percorso, sostanziato in un *iter* interpretativo che conosce diverse tappe.

In assenza di un “parametro di riferimento” che fosse “sculpto con chiarezza in un documento costituzionale” (MORBIDELLI, 2006: 294), infatti, la Corte di giustizia ha estrapolato (oltre che dalla CEDU) dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri i principi idonei alla tutela dei diritti fondamentali, individuandoli attraverso una logica peculiare, non di mera comparazione tra ordinamenti, ma di valorizzazione del modello costituzionale interno che meglio rispondesse alle esigenze di tutela poste dal caso concreto².

Una volta selezionati i principi armonici con gli interessi dell'ordinamento europeo, poi, la Corte ha proceduto ad una loro rielaborazione, attraverso una tecnica di bilanciamento ispirata a criteri di proporzionalità, informata a quella “mitezza costituzionale” (ZAGREBELSKY, 1992: 11) che richiede una tutela del diritto fondamentale tra gli altri e rispetto agli altri e mai esclusiva.

Così rielaborati, o, più specificamente, armonizzati, i principi ritornano agli operatori interni in un contesto di alimentazione reciproca tra ordinamenti che “europeizza” i principi costituzionali nazionali³.

¹ Sulla tutela “multilivello” si veda PERNICE (1999, 2002, 2004).

² Cfr. MORBIDELLI, 2006: 294 che in proposito scrive “...la relativa determinazione non è tanto il risultato di una puntuale indagine comparatistica, dalla quale estrarre il minimo comune denominatore costituzionale, quanto il risultato di considerazioni di ordine generale, e comunque non sorrette da una indagine analitica dei vari ordinamenti”.

³ Cfr. MANZELLA, 2012: 661 in cui si parla di una “interdipendenza dinamica assicurata dal «dialogo» tra le Corti” e si sottolinea che “«dialogo» e «armonizzazione interpretativa» possono condurre ad una «europeizzazione» di principi costituzionali nazionali”.

È quanto emerge chiaramente dal noto caso Omega⁴, che ha visto la Corte di giustizia impegnata in un delicato bilanciamento tra il principio di libera circolazione delle merci e quello della tutela della dignità umana. In particolare, l'autorità amministrativa di Berlino aveva vietato, per minaccia all'ordine pubblico, lo sfruttamento commerciale di un gioco che consisteva nella "simulazione di omicidi" perché ritenuto lesivo di "un valore fondamentale sancito dalla Costituzione nazionale, ossia la dignità umana"⁵. Ebbene, la Corte, dopo aver stabilito che quello della tutela della dignità umana è principio generale del diritto europeo, ha ritenuto legittimo il divieto stabilito dal provvedimento nazionale⁶.

In questo contesto osmotico, in cui "le comunità civili e politiche europee si trovano di fatto ad usare un diritto sempre più comune, che produ(ce) principi sempre più comuni" (FIORAVANTI, 2000: 65), si pone la problematica del "rapporto tra ordinamento europeo e costituzioni nazionali" (MANZELLA, 2012: 660), che porta in rilievo quell'esigenza di garantire le specifiche identità degli Stati membri. Un'esigenza quanto mai attuale, come emerge dalla sentenza n. 238/2014, con la quale la Corte costituzionale italiana ha fatto valere per la prima volta come controlimite - sia pure nel contesto più generale del diritto internazionale - un principio costituzionale interno.

Con tale decisione la Corte ha espressamente affermato che, quando ad essere in gioco è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano, come, nel caso di specie, l'insopprimibile garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti, pur non essendo possibile mettere in discussione l'interpretazione della CIG sulla norma internazionale consuetudinaria (nella specie, la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile)⁷, "il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali"⁸, a tutela dei quali opera il limite costituzionale.

⁴ Corte di giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02.

⁵ Cfr. il punto 32 della sentenza.

⁶ V. il punto 41 della sentenza.

⁷ Per una puntuale analisi della sentenza si veda FARAGUNA, 2014; LIETO, 2014.

⁸ Cfr. la sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana al p.to 3.1 del Considerato in diritto.

Pur non avendo come oggetto una norma del diritto europeo, la sentenza appare emblematica perché evidenzia la necessità di proteggere le specificità costituzionali interne, ponendo bene in evidenza come quella sui controlimiti sia una competenza attuale della Corte, quindi esperibile concretamente e non destinata a rimanere un'“idea” confinata ad una sorta di astrazione “iperuranica”.

Questa esigenza di protezione delle peculiarità costituzionali degli Stati membri, codificata dopo Lisbona nell'art. 4 par. 2 TUE, mostra come l'identità nazionale non sia “affatto assorbita dall'appartenenza all'UE” (MANZELLA, 2012: 660) e apre la questione della sua importanza nel processo di “integrazione mediante il diritto”.

2.- Rinvio pregiudiziale e integrazione europea.

Nell'analizzare questo processo, pare opportuno soffermarsi sull'importanza che assume lo strumento del rinvio pregiudiziale nell'ambito della “europeizzazione” dei principi costituzionali nazionali e nel rapporto tra quest'ultima e la tutela delle specifiche identità di ciascuno Stato membro.

Questo “dialogo da giudice a giudice” (SCODITTI, 2009: 10), disciplinato dall'art. 267 TFUE, rappresenta una chiave decisiva in tal senso, perché offre la possibilità agli organi giurisdizionali nazionali di portare in sede europea le specificità del proprio ordinamento, dando così luogo ad un'“armonizzazione interpretativa” (art. 52, par. 4 CDFUE) dei diritti fondamentali che tenga conto del “rispetto delle identità nazionali” (art. 4, par. 2 TUE).

La logica cooperativa cui è improntato l'istituto fa sì che esso, “punto di giuntura fra ordinamenti” (SCODITTI, 2009: 10), diventi “canale di «esportazione» di principi costituzionali” (CARTABIA, 2008: 1317), attraverso il quale portare le identità nazionali in sede europea, così valorizzando le peculiarità proprie di ciascuna tradizione statale nel processo di armonizzazione dei diritti.

2.1.- Le recenti evoluzioni giurisprudenziali sul rinvio pregiudiziale: una valorizzazione applicativa.

L'analisi delle recenti dinamiche giurisprudenziali in tema di rinvio pregiudiziale pare mettere in luce un'esaltazione della funzione svolta dall'istituto.

Particolarmente rilevante in tal senso è l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla Corte EDU con la sentenza Dhahbi c. Italia dell'8 aprile 2014.

Il caso riguarda un cittadino tunisino⁹, il signor Dhahbi, immigrato in Italia con un permesso di soggiorno per lavoro, il quale, in base alla sua situazione familiare e reddituale, riteneva di rientrare nei parametri per ottenere l'assegno previsto dall'art. 65 della legge 448 del 1998, di cui, perciò, domandava il versamento.

Dal momento che la legge in questione richiedeva il requisito della cittadinanza italiana per la corresponsione dell'assegno, il versamento gli era stato negato, motivo per il quale il signor Dhahbi era ricorso all'autorità giudiziaria facendo riferimento all'“Accordo euro-mediterraneo” tra l'Unione Europea e la Tunisia, ratificato dall'Italia con la l. 35 del 1997, che all'art. 65 prevede, per “i lavoratori di cittadinanza tunisina e i loro conviventi”, il godimento, “in materia di previdenza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati”.

Dopo il rigetto del ricorso da parte del Tribunale di Marsala, il signor Dhahbi, aveva presentato appello, domandando, tra l'altro, la proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in riferimento alla possibilità di rifiutare l'assegno al lavoratore tunisino pur in presenza dell'art. 65 dell'“Accordo euro-mediterraneo”. Anche l'appello non fu accolto sulla base del rilievo che l'art. 65 si riferisce solo alle prestazioni previdenziali, mentre, nel caso di specie, l'assegno richiesto aveva natura assistenziale.

A questo punto, il signor Dhahbi propose ricorso per cassazione, con cui chiese nuovamente la sottoposizione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Con

⁹ All'epoca dei fatti, in quanto successivamente il signor Dhahbi ha acquisito la cittadinanza italiana.

sentenza del 15 aprile 2008, però, la Cassazione respinse il ricorso confermando le osservazioni della Corte d'appello di Palermo.

Si apre a questo punto il capitolo europeo, di cui è protagonista la Corte EDU, adita in riferimento al rifiuto - immotivato - della Cassazione di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in riferimento all'interpretazione dell'“Accordo euro-mediterraneo”, rifiuto ritenuto lesivo dell'art. 6§1 della CEDU.

Nella sentenza dell'8 aprile 2014 la Corte EDU, pur premettendo che la CEDU non prevede la garanzia per il singolo di vedere esaudita la sua richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, afferma che l'art. 6§1, che stabilisce il diritto per “ogni persona ... a che la causa sia esaminata ... da un tribunale ... costituito per legge”, implica l'obbligo, a carico delle giurisdizioni interne, di motivare le decisioni con cui rifiutano il rinvio pregiudiziale. Ciò alla luce degli scopi perseguiti dall'art. 267 TFUE, di garantire l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, assicurandone la corretta applicazione in tutte le esperienze giurisdizionali europee.

Nell'articolare le sue valutazioni, la Corte EDU richiama la causa Vergauwen c. Belgio (dec. n. 4832/04, 10 aprile 2012), nella quale aveva costruito il sillogismo giudiziale per cui in virtù dell'art. 6§1 CEDU “i giudici nazionali le cui decisioni non prevedono ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia”¹⁰.

Quindi, esaminata la sentenza della Cassazione impugnata e ritenuta la stessa priva di “riferiment(i) alla richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dal ricorrente e alle ragioni per le quali è stato considerato che la questione sollevata non meritasse di essere trasmessa alla CGUE”, oltre che mancante di richiami “alla giurisprudenza della CGUE”¹¹, la Corte EDU condanna lo Stato italiano per violazione dell'art. 6§1 CEDU.

¹⁰ Cfr. il p.to 31 della sentenza Dhahbi c. Italia, CEDU 8 aprile 2014.

¹¹ Cfr. il p.to 33 della sentenza Dhahbi c. Italia, CEDU 8 aprile 2014.

L'orientamento espresso nell'*affaire* Dhahbi (che, pare potersi affermare, non rimarrà un episodio isolato, dal momento che è già all'attenzione della Corte di Strasburgo un caso analogo - quello Schipani e altri c. Italia) valorizza la funzione svolta dal rinvio pregiudiziale, incoraggiandone l'applicazione.

Quello che emerge, infatti, è un rafforzamento del vincolo a carico delle giurisdizioni interne di ultima istanza a sollevare il rinvio, da considerarsi necessario se conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Inoltre, altro profilo di assoluto interesse è quel dialogo costruttivo che pare instaurarsi tra Corte EDU e Corte di Lussemburgo che vede la prima impegnata nel dare seguito ed effettività alle determinazioni della seconda¹².

Una valorizzazione applicativa del rinvio pregiudiziale pare emergere anche da un rinnovato atteggiamento dei giudici costituzionali interni rispetto all'istituto.

Volgendo lo sguardo a quanto accaduto nel quinquennio 2011-2014, è possibile rilevare come “diversi Tribunali e Corti costituzionali ... si s(ia)no decisi, anche smentendo in certi casi quanto espressamente affermato in precedenza, ad utilizzare lo strumento del rinvio per rivolgersi direttamente alla Corte di Lussemburgo” (ROMBOLI, 2014: 17). È il caso del *Tribunal constitucional* spagnolo, che lo ha sollevato nel 2011, del *Conseil constitutionnel* francese, nel 2013, del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, 2014, e della Corte costituzionale italiana, a cui faremo riferimento nell'analizzare il percorso di apertura allo strumento predisposto dall'art. 267 TFUE.

¹² Rimarchevole in tal senso la recente sentenza della Corte di giustizia (18 luglio 2013, causa C-136/12) resa su istanza di pronuncia pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato n. 1244 del 2012. Il quesito interpretativo riguardava i poteri del giudice nazionale nel sollevare il rinvio e la relativa responsabilità dello Stato nel caso in cui il mancato rinvio pregiudiziale costituisca una manifesta violazione del diritto dell'Unione. In particolare, il problema dinanzi al quale si era trovato il Consiglio di Stato era una mal formulata istanza di rinvio e quindi, dal momento che il diritto processuale amministrativo italiano, fondato sul principio della domanda, impone al giudice di non intervenire sui motivi proposti dalla parte, si chiedeva alla Corte di giustizia il comportamento che il giudice nazionale dovesse tenere in casi del genere, di sovrapposizione tra le regole processuali nazionali e il diritto europeo. Anche dalla risposta resa dalla Corte di giustizia è possibile scorgere una valorizzazione dello strumento del rinvio pregiudiziale, che, dice la Corte, essendo cooperazione tra giudici, prescinde dall'iniziativa di parte e, per questo motivo, le regole processuali interne non possono interferire con esso, trattandosi di uno strumento nelle mani esclusive del giudice. Per una puntuale analisi dell'ordinanza di rinvio si veda ЧИТИ, 2012 oltre che ROMBOLI, 2014: 16 e 17.

I motivi che avevano indotto i giudici costituzionali a guardare all'istituto come ad un sorta di “tabù”¹³ sono rinvenibili nel fatto che, sebbene “strumento di dialogo”, è “innegabile che il rinvio pregiudiziale ... contenga in sé anche una sorta di inevitabile gerarchizzazione” (ROMBOLI, 2014:2), dal momento che darà impulso ad una decisione che vincolerà il richiedente¹⁴.

Il timore della Corte costituzionale italiana (cui circoscriviamo la nostra analisi) “di trovarsi soggetta alle decisioni di altro giudice e quindi in una posizione di sotto ordinazione nei riguardi dello stesso” (ROMBOLI, 2014:25), emerge evidentemente se esaminiamo la tortuosità dell'*iter* percorso dalla stessa.

Nella sentenza 206 del 1976 la Corte esprime il suo primo orientamento, identificando il soggetto che deve dialogare con la Corte di giustizia nel giudice ordinario per i motivi che enuncerà nella successiva ordinanza 536 del 1995: nella Corte costituzionale “non è ravvisabile quella «giurisdizione nazionale» alla quale fa riferimento l'art. 177” (ora art. 267 TFUE) “poichè ... non può essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano”¹⁵, consistendo la sua funzione nel controllo costituzionale delle leggi.

Sebbene infatti dalla sentenza 168 del 1991 fosse riscontrabile uno spiraglio, in quanto la Corte non aveva escluso la possibilità di poter essa stessa proporre il rinvio pregiudiziale se giudice di ultima istanza della controversia (in caso cioè di conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni o di giudizi di legittimità in via principale), l'esperienza successiva mostra ancora un atteggiamento di chiusura. È il caso, ad esempio, della sentenza 365 del 1997, che vede la Corte costituzionale interpretare direttamente alcune disposizioni del Trattato senza sollevare rinvio (anche se si trattava di un

¹³ L'espressione è di REPETTO, 2012:1.

¹⁴ Cfr. ROMBOLI, 2014:2 e 3 “Ciò infatti è nella natura stessa del sistema della pregiudizialità, il quale consiste nel disegnare un sistema in base al quale un soggetto, di fronte ad un dubbio che si pone per dare soluzione ad un caso da risolvere, sospende il suo giudizio e chiede l'intervento di altro soggetto che risolverà il suo dubbio. A meno di non ricostruire il rapporto in termini di mero parere non vincolante, appare chiaro come il richiedente sarà, in misura più o meno stretta, vincolato alla decisione del soggetto a cui si è rivolto e quindi inevitabilmente identificabile come «superiore», specie quando ad esso viene riconosciuta in proposito una competenza di tipo esclusivo.”

¹⁵ Cfr. ordinanza n. 536 del 1995.

giudizio di legittimità costituzionale in via principale) e senza specificare nella sentenza il motivo del mancato rinvio.

In questo modo la Corte costituzionale si era sottratta al dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo, subendo una sorta di “emarginazione” dallo scambio col diritto europeo, a fronte di un sempre maggiore protagonismo dei giudici comuni, che sono via via diventati i veri interlocutori di quel processo di “elaborazione da parte della Corte di giustizia di principi costituzionali” attorno ai quali è venuto edificandosi l'ordinamento europeo (SORRENTINO, 2008: 1291).

Di fronte a questa situazione, nel 2008, la Corte costituzionale muta il proprio orientamento, ponendo fine a quelle “affermazioni di principio oscillanti e non prive di contraddizioni, accompagnate da un «nulla di fatto» sul piano dell'effettività” (CARTABIA, 2008: p. 1313) e proponendo per la prima volta i propri quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia con l'ordinanza n. 103.

La Corte afferma che, come il giudice comune, è legittimata a sollevare il rinvio davanti alla Corte di giustizia, perché, pur nella peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, in un giudizio in via principale è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi “in quanto ... manca un giudice *a quo* ... abilitato ... ad applicare o disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario”¹⁶, mentre “il rinvio pregiudiziale ... appare opportuno al fine di evitare il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale che non giova alla certezza e all'uniforme applicazione del diritto comunitario”¹⁷.

Il *revirement* compiuto dalla Corte nel 2008, epocale ma ancora prudente¹⁸, viene completato nel 2013, quando, con ordinanza n. 207, la Corte costituzionale solleva rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio in via incidentale.

¹⁶ Cfr. il p.to 8.2.8.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 102 del 2008.

¹⁷ Cfr. il p.to 8.2.8.4 del Considerato in diritto della sentenza n. 102 del 2008.

¹⁸ V. CARTABIA, 2008: 1314 e 1315 “La Corte ha compiuto un importante passo avanti nel dialogo con la Corte di giustizia, e tuttavia ha mantenuto un atteggiamento di grande prudenza. ... Questa prudenza non stupisce. A differenza di altri giudici supremi, non è nello stile della nostra Corte costituzionale far evolvere gli orientamenti giurisprudenziali tramite nette cesure e svolte epocali. ... In quest'ottica si spiega perché la Corte costituzionale nell'ord. n. 103 del 2008 abbia voluto ad un tempo innovare e conservare: innovare, facendo uso del rinvio pregiudiziale; conservare, delimitando per il momento la

La questione di costituzionalità era stata sollevata per un contrasto tra disciplina nazionale e normativa europea - non direttamente applicabile - in materia di contratti di lavoro a tempo determinato senza la previsione di una durata massima. I giudici *a quibus* “non consideravano necessario effettuare il rinvio pregiudiziale ritenendo indubbio il contrasto” (ADINOLFI, 2013:1251) e avevano rimesso la questione alla Corte per presunta violazione dell'art. 117 co. 1 della Costituzione. La Corte, invece, consapevole che i giudici in questione “avevano la mera facoltà di proporre la questione in via pregiudiziale” (*Ivi*) perché giudici non di ultima istanza, ha ritenuto opportuno sottoporre i propri dubbi interpretativi alla Corte di Lussemburgo, così portando a termine quella rivoluzione giurisprudenziale avviata nel 2008.

La Corte costituzionale italiana, che occupa una posizione di forza nel sistema dei poteri, a fronte dei rischi derivanti da un suo “isolamento ... nella tutela dei diritti fondamentali” (ROMBOLI, 2014: 27), pare aver scelto la via del dialogo con la Corte di giustizia, per ritornare, si auspica, protagonista di quel processo di costruzione di un diritto costituzionale comune, nell'ambito del quale un congruo utilizzo del rinvio pregiudiziale può contribuire all'armonizzazione tra diritto europeo e identità nazionali.

3.- Dialogo tra Corti e Costituzione europea.

Quanto finora osservato in relazione al dialogo tra Corti in materia di diritti fondamentali impone una riflessione sul “ruolo istituzionale sempre più ampio ed influente” svolto dalla giurisdizione, “ruolo che evidentemente sottende una dichiarata centralità del momento interpretativo” (ZACCARIA, 2012: 15) cui fa da eco un'intrinseca debolezza della decisione politica.

Quanto emerge dall'analisi delle dinamiche giurisprudenziali in tema di diritti fondamentali lascia percepire “l'idea” del “«processo» nella vicenda storica dell'Europa” (STAIANO, 2012: 4), che, nel momento attuale, pare assumere la fisionomia di “un *ordine intercostituzionale* in costruzione” (RUGGERI, 2013: 24) alimentato da quel

legittimazione della Corte costituzionale ai soli giudizi in via principale, in ordine ai quali i precedenti non avevano speso alcuna posizione chiara.”

dialogo che si sostanzia in una “competizione tra le Carte (e le Corti) a chi sappia offrire di più e di meglio a presidio dei diritti fondamentali” (Ivi)¹⁹ che, si auspica, possa costituire solo la premessa per una compiuta Costituzione europea.

Segnale evidente di questa progressiva espansione del ruolo della giurisdizione è la sentenza del 26 novembre 2014 (che risponde al rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale nel 2013) con la quale la Corte di Giustizia UE ha chiarito il contrasto col diritto europeo della disciplina del lavoro a tempo determinato che consente il rinnovo di contratti a termine nell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo nelle scuole statali senza indicare tempi certi da rispettare²⁰.

La “questione precari”, come viene comunemente indicata in gergo giornalistico, ha assunto una forza dirompente sul piano mediatico. Come di consueto accade quando ad essere in discussione vi siano diritti che si assumono compressi, anche in questo caso si è verificata quella divisione in due fazioni (in tal caso quella a favore e quella contro i precari) accompagnata da toni fortemente polemici oltre che aprioristicamente orientati. Il contrasto, non sempre consapevole, ma spesso dettato dal comune sentire dell'ideologia cui si sente di appartenere, tende ad offuscare i profili di maggiore rischio che paiono connaturati a questa tendenza di affidare alla giurisdizione la definizione dei diritti fondamentali²¹.

¹⁹ Cfr. in tal senso RUGGERI, 2014: 17 in cui si parla di una “«intercostituzione» ... idonea ad accogliere dentro di sé ed a metabolizzare i materiali normativi volti ad offrire il loro concorso alla salvaguardia dei diritti.”

²⁰ Il riferimento è alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo del 1999 (allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio) che, si legge nel dispositivo della sentenza, “deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali (...)”.

²¹ Sul punto si v. STAIANO, 2013a in cui l'Autore, analizzando alcune vicende nazionali dalle quali emerge il ruolo “pervasivo” della giurisdizione, inizia a teorizzare su un “populismo costituzionale” che si sostanzia nel binomio “potere assoluto della giurisdizione - coscienza sociale”; ancora, si v., per una visione più completa del fenomeno, STAIANO, 2013b e STAIANO, 2013c. Analoghe le argomentazioni alla base dell'intervento dell'Autore alla presentazione del libro “Il dovere di avere doveri” di L. Violante, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II il 25 maggio 2015.

Proprio il riferimento alla “questione precari”, infatti, è emblematico di come l'euforia del riconoscimento teorico del diritto faccia passare in secondo piano la questione relativa alla sua effettiva attuazione. È evidente la problematica connessa alla situazione lavorativa italiana, che, nella scuola pubblica, trova una delle sue espressioni più avvilenti. Però, il fatto di salutare come una salvezza il riconoscimento del diritto per via giudiziale, appare quanto meno ingenuo.

Consegnare alla giurisdizione il governo dei diritti (LUCIANI, 2006: 4), infatti, oltre ad essere espressione del “pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo radicato in tanta parte della cultura giuridica europea” (Ivi)²² e contrastare con il principio democratico, tende ad obliterare il punto più importante, quello relativo, cioè, alla concreta attuazione del diritto.

Il legame che unisce, nello Stato costituzionale, potere e diritti, infatti, postula la necessità di una consapevole “manifestazione di volontà imperativa” (LUCIANI, 2006: 3) che fondi i diritti in un atto costituente di legittimazione del potere politico, al quale solo compete l'effettiva tutela e garanzia dei diritti fondamentali.

Riferimenti bibliografici

ADINOLFI, Adelina (2013). “Una «rivoluzione silenziosa»: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale”. *Rivista di diritto internazionale*, n° 4, p. 1249-1253.

CARTABIA, Marta (2008). “La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo”. *Giurisprudenza costituzionale*, p.1312-1318.

CHITI, Mario Pilade (2012). “Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?”. *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, p. 745-757.

²² A proposito di questo sentimento antipolitico si v. LUCIANI, 1998 in cui l'Autore ricostruisce autorevolmente il tema della crisi della politica.

- FARAGUNA, Pietro (2014). "Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia. I controlimiti in azione". *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 novembre.
- FIORAVANTI, Maurizio (2000). "Costituzione e politica: bilancio di fine secolo". In Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea internazionale*. ilMulino: Bologna.
- LIETO, Sara (2014). "Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014". *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 novembre.
- LUCIANI, Massimo (1998). "Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)". *Politica del diritto*, n° 3, p. 365-382.
- LUCIANI, Massimo (2006). "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico". *archivio.rivistaaic.it*, 17 luglio.
- MANZELLA, Andrea (2012). "L'unitarietà costituzionale dell'ordinamento europeo". *Quaderni costituzionali*, n° 3, p. 659-669.
- MORBIDELLI, Giuseppe (2006). "Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)". *Diritto Processuale Amministrativo*, n°2, p. 285-349.
- PERNICE, Ingolf (1999). "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?". *Common Market Law Review*, n° 36, p. 703-750.
- PERNICE, Ingolf (2002). "Multilevel Constitutionalism in the European Union". *Walter Hallstein-Institut*, paper n° 4.
- PERNICE, Ingolf (2004). "Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe". *Walter Hallstein-Institut*, paper n° 7.
- ROMBOLI, Roberto (2014). "Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo". *Rivista Aic*, n°3.

RUGGERI, Antonio (2013). “«Dialogo» tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)”. *Dirittifondamentali.it*, 11 novembre.

RUGGERI, Antonio (2014). “L'integrazione europea attraverso i diritti e il «valore» della Costituzione”. *Federalismi.it*, n° 12.

SCODITTI, Enrico (2009). “Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale”. Incontro di studio sul tema “I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali”, Roma 22-24 giugno, Consiglio Superiore della Magistratura.

SORRENTINO, Federico (2008). “Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008”. *Giurisprudenza costituzionale*, p. 1288-1291.

STAIANO, Sandro (2012). “La Costituzione e il suo contesto: dimensione nazionale e dimensione europea”. *Federalismi.it*, n°1.

STAIANO, Sandro (2013a). “Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli”. *Federalismi.it*, n° 11.

STAIANO, Sandro (2013b). “L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale”. *Nomos. Le attualità nel diritto*, n° 1.

STAIANO, Sandro (2013c). “Costituzionalisti e popolo”. *Federalismi.it*, n° 25.

ZACCARIA, Giuseppe (2012). *La comprensione del diritto*. Roma-Bari: Laterza.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E LA VOCAZIONE COSTITUZIONALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Stella Romano

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Sommario:

1. Premessa.
2. Il diritto alla vita privata e la declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE alla luce dell'art. 52.1 della Carta di Nizza.
3. La vocazione costituzionale della Corte di giustizia nell'applicazione del parametro di proporzionalità: una visione d'insieme.
4. Conclusioni.

Riferimenti bibliografici

Abstract in italiano

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E LA VOCAZIONE COSTITUZIONALE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Con le decisioni riunite C-293/12 e C-594/12 dell'8 aprile 2014, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha superato un suo precedente orientamento giurisprudenziale e, facendo proprie le perplessità espresse da molte giurisdizioni costituzionali nazionali, ha annullato la famigerata direttiva 2006/24/CE che obbligava i gestori di servizi di telecomunicazione a conservare tutti i dati connessi alle comunicazioni elettroniche e su richiesta a fornirli alle autorità investigative e alla magistratura. Utilizzando quale *parametro di costituzionalità* i diritti al rispetto della vita privata, alla protezione dei dati personali, e alla libertà di espressione (come tutelati rispettivamente dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta europea dei diritti fondamentali), le decisioni in esame ci forniscono un florido esempio dell'applicazione del principio di proporzionalità per la tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali nel quadro europeo. Infatti, nel rispetto di tale fondamentale principio ex art.52 par.1 della Carta, possono essere apportate limitazioni ai diritti fondamentali della persona solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Nel *paper*, pertanto, si vorrà evidenziare come attraverso il parametro della proporzionalità, sfumata in valutazioni di *necessità-adequatezza* per la tutela del nucleo inviolabili dei diritti della Carta europea, la Corte di Giustizia ponga dei limiti alla discrezionalità del legislatore europeo, contribuendo *di fatto* all'integrazione politica dell'Unione.

Resumen en español

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA VOCACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Con las decisiones reunidas de los casos C-293/12 y C-594/12 de 8 de abril de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha superado su orientación jurisprudencial precedente y, haciendo propia la perplejidad expresada por diferentes jurisdicciones constitucionales nacionales, ha anulado la infame Directiva 2006/24/CE que obligaba a los gestores de servicios de telecomunicaciones a conservar todos los datos en relación con las comunicaciones electrónicas que podrían ser entregados a las autoridades policiales y judiciales que lo requieran. Utilizado como *parámetro* de constitucionalidad de los derechos al respeto de la vida privada, a la protección de datos personales, y a la libertad de expresión (tutelados respectivamente por los arts. 7, 8 y 11 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales), las sentencias examinadas ofrecen un florido ejemplo de la aplicación del principio de

proporcionalidad para la tutela del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ámbito europeo. En aplicación de este principio fundamental ex art. 52.1 de la Carta, pueden darse limitaciones a los derechos de la persona solo en la medida que sean necesarias y respondan efectivamente a la finalidad de interés general reconocidas por la Unión o a la exigencia de proteger los derechos y las libertades de los demás. En la comunicación, por tanto, se pondrá en evidencia cómo a través del parámetro de proporcionalidad, difuso en valoraciones de necesidad-adequación para la protección del núcleo de los derechos inviolables de la Carta europea, el Tribunal de Justicia llega a reconocer incisivas limitaciones a la discrecionalidad del legislador europeo, contribuyendo de hecho a la integración política de la Unión.

Abstract in English

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE CONSTITUTIONAL VOCATION OF THE COURT OF JUSTICE

With the decisions Cases C-293/12 and C-594/12 of 8 April 2014, the Court of Justice of the European Union has passed its previous case-law and, by giving voice to the concerns expressed by many national constitutional courts, has declared invalid the Directive 2006/24/ EC which obliges the operators of telecommunications services to retain all information relating to electronic communications and to provide them upon request to the investigating authorities and the courts. Using as *parameter of constitutionality* the rights to privacy, to protection of personal data and the freedom of expression (as protected by Articles. 7, 8 and 11 of the European Charter of Fundamental Rights), the decisions in question provide us with an important example of the application of the principle of proportionality for the protection of the essential core of fundamental rights in the European framework. In fact, in compliance with this fundamental principle ex art.52 par.1 of the Charter, limitations may be made to the fundamental human rights only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect rights and freedoms of others.

In the paper, therefore, I want to underline how, throughout the parameter of proportionality, vanished in evaluations of necessity-adequacy for the protection of the inviolable core of fundamental rights of the European Charter, the Court of Justice would put limits on the discretion of the European legislator, contributing effectively to the political integration of the Union.

1.- Premessa

Con le decisioni riunite C-293/12 e C-594/12 dell'8 aprile 2014, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha superato un suo precedente orientamento giurisprudenziale¹ e, facendo proprie le perplessità espresse da diverse giurisdizioni costituzionali nazionali, ha annullato la controversa direttiva 2006/24/CE che obbligava i gestori di servizi di telecomunicazione a conservare tutti i dati connessi alle comunicazioni elettroniche e su richiesta a fornirli alle autorità investigative. Utilizzando quale *parametro di costituzionalità* i diritti al rispetto della vita privata, alla protezione dei dati personali, e alla libertà di espressione (come tutelati rispettivamente dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta europea dei diritti fondamentali), le decisioni in esame ci forniscono un florido esempio dell'applicazione del principio di proporzionalità per la tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali nel quadro europeo. Nel rispetto di tale fondamentale principio ex art. 52 par.1 della Carta di Nizza, possono essere apportate limitazioni ai diritti fondamentali della persona 'solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui'.

Nel corso dell'analisi, pertanto, si vorrà evidenziare come attraverso il parametro della proporzionalità, sfumato in valutazioni di *necessità-adequatezza* per la tutela del nucleo inviolabile dei diritti della Carta europea, la Corte di Giustizia giunga a porre dei limiti alla discrezionalità del legislatore europeo, contribuendo *di fatto* all'integrazione politica dell'Unione. In particolare, il *focus* sarà incentrato sulla visione di un mutamento delle forme del giudizio di proporzionalità degli atti normativi dell'Unione: un giudizio che, anche alla luce delle recenti pronunce, abbandona il ruolo marginale a cui era rilegato in tale campo, per colorarsi di tinte più forti, nel quadro più generale del processo di '*costituzionalizzazione*' della Carta di Nizza.

¹ Il riferimento è alla decisione 10 febbraio 2009, causa C-301/06, Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio, Racc., p-I-593, laddove la Corte di Giustizia aveva respinto il ricorso di annullamento della direttiva in esame proposto dall'Irlanda, sulla base di un'analisi del contenuto delle disposizioni di armonizzazione, constatando per l'essenziale che la direttiva disciplina le attività dei fornitori di servizi nel mercato interno e non comporta alcuna regolamentazione delle attività dei pubblici poteri a fini repressivi, non disciplinando né l'accesso ai dati né il loro uso da parte delle autorità giudiziarie.

2. Il diritto alla vita privata e la declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE alla luce dell'art. 52.1 della Carta di Nizza

In un momento storico alquanto delicato, in cui il ricorso alle “investigazioni tecnologiche” e all’accessibilità a dati ed informazioni trasmesse per via telefonica e telematica appare indispensabile di fronte ad un’emergente necessità di accertamento e di repressione di crimini dai confini transazionali e dai contorni impercettibili, quali il terrorismo², la decisione della Corte di Giustizia di annullamento della direttiva 2006/24/CE riveste un’importanza decisiva nella ricerca di quel difficile punto di bilanciamento tra le predette esigenze di sicurezza pubblica globale ed il rispetto delle garanzie e dei diritti inviolabili dell’uomo, connessi alla sfera della riservatezza ed alla protezione dei dati personali³. Ed è in tale spinosa opera di ponderazione tra gli interessi in gioco che si staglia l’applicazione da parte dell’istanza giurisdizionale del principio di proporzionalità che assume nel contesto europeo, come cercheremo di delineare, le sembianze di un parametro sostanziale di verifica della legittimità degli atti normativi europei.

Va, infatti, anticipato che, sotto il profilo sostanziale, l’art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, consente limitazioni dei diritti garantiti per il solo fatto che siano “necessarie e rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione”, e questo lascia all’interprete un margine di valutazione alquanto ampio, visto che la disposizione non individua criteri oggettivi e astratti che inducano a calibrare adeguatamente su ciascun singolo diritto le limitazioni ammissibili attraverso l’indicazione, sia pure in termini generali, dei contenuti e delle finalità delle stesse. In particolare, si è detto che la “formulazione non è del tutto limpida” in quanto “non è di immediata comprensione tra quali elementi deve applicarsi il principio di proporzionalità e qual è la sua effettiva portata”(MANZINI, 2002:127ss). Ne deriva un giudizio a *maglie larghe*, difficilmente

² Come emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali costituisce un obiettivo di interesse generale dell’Unione (v. in tal senso, sentenze Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione, C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punto 363, nonché Al-Aqsa/Consiglio, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punto 130). Inoltre, va rilevato, a tal proposito, che l’art. 6 della Carta enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla sicurezza.

³ La sentenza in oggetto riveste un’importanza decisiva in quanto giunge in un momento in cui i lavori per la definizione del nuovo Regolamento europeo in materia di privacy sono ancora in corso.

sindacabile in sede di scrutinio di legittimità ad opera della Corte di Giustizia, se non con il rischio, più o meno celato, di invasione della discrezionalità del legislatore europeo nell'opera di bilanciamento dei valori in campo. A tal riguardo, giova rilevare che, come ricordato nelle *Explications*, la disposizione è ispirata ad una formula elaborata dalla Corte di Giustizia secondo la quale talune restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali sono ammissibili purchè "rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerando lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la sostanza stessa dei diritti⁴".

Prima di addentrarci nel cuore delle argomentazioni del giudice europeo, onde evidenziarne la portata e gli effetti, alla luce dei profili enunciati, occorre premettere brevi cenni sul contenuto dell'atto invalidato, con particolare riferimento all'ingerenza riscontrata nel diritto alla privacy, così come cristallizzato nella Carta di Nizza.

La direttiva 2006/24 modifica in modo significativo la disciplina applicabile ai dati attinenti alle comunicazioni elettroniche risultante dalle direttive 95/46 e 2002/58, prevedendo che gli Stati membri introducano un obbligo di raccolta e conservazione dei dati di traffico e di ubicazione, che si inserisce nel quadro delle restrizioni al diritto alla protezione dei dati personali previste dagli artt. 13, par. 1, della direttiva 95/46 e 15, par. 1, della direttiva 2002/58. La direttiva 2006/24 ha, infatti, come primo obiettivo quello di armonizzare le normative nazionali che già impongono ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione obblighi di conservazione dei dati 'a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale⁵'. Ed è propriamente su tali obblighi di conservazione, previsti dagli artt. 3 e 5 del medesimo atto normativo, che si concentra

⁴ V. *ex multis*, sentenza del 13 luglio 1989, c.5/88, *Wachauf/RFG*, Racc. 2609, pt.18.

⁵ Tali finalità vengono espresse nel Preambolo della direttiva ed in particolar modo nel considerando 8 della medesima che così si esprime: "... giacché la conservazione dei dati si è dimostrata uno strumento investigativo necessario ed efficace per le autorità di contrasto in vari Stati membri, riguardanti in particolare reati gravi come la criminalità organizzata e il terrorismo risulta necessario assicurare che i dati conservati restino a disposizione dell'autorità di contrasto per un certo periodo di tempo alle condizioni previste dalla presente direttiva ...".

il preliminare vaglio di validità dei giudici comunitari con specifico riguardo al profilo della loro compatibilità con i diritti fondamentali stabiliti dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁶.

Orbene, ciò che preme evidenziare, prima di stringere la lente focale sull'applicazione del principio di proporzionalità è l'effettiva portata del diritto alla vita privata che emerge dalla declaratoria di invalidità della controversa direttiva.

Infatti, il giudice di Lussemburgo, al fine di accertare l'esistenza di un'ingerenza rilevante nei diritti evocati, sembrerebbe identificare una certa priorità gerarchica del diritto alla vita privata (art. 7) rispetto al diritto alla protezione dei dati personali (art. 8) all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Tale posizionamento si giustificerebbe in ragione del diverso profilo qualitativo dei dati, su cui il distinto ambito di tutela dei diritti andrebbe ad insistere; per cui se il primo riguarderebbe quei dati ricognitivi della sfera intima della persona ('le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali ...'⁷), il secondo, invece, ricomprenderebbe nel suo alveo quei dati di natura neutra, idonei a definire solo un nesso di riferibilità generico alla

⁶ In particolare, la vicenda giudiziaria trae origine da due distinte controversie giudiziarie nazionali che in ragione del loro comune oggetto sono state processualmente riunificate e hanno portato ad un'unica risposta della Corte europea. In primo luogo, è stata la Corte suprema irlandese che, per risolvere un caso in cui una ONG contestava la direttiva e l'atto nazionale di recepimento, ha sollevato una serie di questioni pregiudiziali e ha chiesto al giudice del Lussemburgo di verificare se la disciplina europea abbia compiuto un bilanciamento adeguato tra la necessità di garantire la sicurezza e il corretto funzionamento del mercato interno e la necessità di garantire la libertà di circolazione (come tutelata dall'art. 21 del TFUE), il rispetto della vita privata (come tutelato dall'art. 7 della Carta europea dei diritti fondamentali e dall'art. 8 della Convenzione europea), la protezione dei dati personali (come tutelata dall'art. 8 della Carta europea dei diritti fondamentali), la libertà di espressione (come tutelata dall'art. 11 della Carta europea dei diritti fondamentali e dall'art. 10 della Convenzione europea) e il diritto ad una buona amministrazione (come tutelato dall'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali). In secondo luogo, è stata la Corte costituzionale austriaca che, per rispondere ai ricorsi con cui il governo della Carinzia e 11.130 privati cittadini hanno richiesto l'annullamento della legge interna di recepimento della direttiva, ha a sua volta chiesto se il sistema di raccolta dei dati sia compatibile con il diritto al rispetto della vita privata, con il diritto alla protezione dei dati personali e con il diritto alla libertà di espressione tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali. Inoltre, la stessa istituzione giudiziaria austriaca ha domandato alcuni chiarimenti in merito al significato delle clausole orizzontali e, in particolare, ha chiesto alla Corte del Lussemburgo di verificare se il quadro normativo europeo rispetti il contenuto essenziale del diritto alla protezione dei dati personali, se le limitazioni imposte siano conformi al principio della protezione dei dati personali e se la conservazione dei dati sia compatibile con le tradizioni costituzionali comuni e con l'art. 8 della Convenzione europea.

⁷ Si veda il considerando n.27 della summenzionata sentenza.

persona. Nonostante si possa ragionevolmente affermare, così come la Corte ha avuto occasione di sottolineare⁸, che gli articoli 7 e 8 della Carta siano strettamente legati al punto da poter essere considerati come integranti un 'diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali'⁹, ciò non toglie che la struttura e le garanzie dell'art. 8 della Carta possano apparire inadeguate di fronte a pratiche di conservazione ed utilizzo di dati, idonee a rivelare la sfera intima delle persone interessate, senza che queste ne siano previamente informate.

In particolare, nell'opera di definizione dei confini del parametro, richiamandosi alla sua precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia definisce dapprima *in negativo* l'ambito di estensione del diritto al rispetto della vita privata (art. 7 Carta di Nizza), affermando la sussistenza di un'ingerenza nel diritto *de qua*, censurabile in sede di legittimità, indipendentemente dalla ricorrenza di due fattori: il carattere sensibile o meno dei dati e l'accertamento di un effettivo pregiudizio in capo agli interessati in seguito a tale ingerenza¹⁰. Soffermandosi poi su valutazioni di carattere positivo, in aderenza al dettato dell'art. 52 par. 1 della Carta, l'interprete dipinge una sorta di gerarchia interna ai diritti-valori in esame, delimitando il loro contenuto essenziale e proseguendo a verificare la legittimità delle restrizioni apportate dalla direttiva. Alla luce di tali passaggi argomentativi, ne deriva che, sebbene dall'art. 1 e dall'art. 5 della direttiva si evinca chiaramente il divieto di conservare il contenuto delle conversazioni avvenute attraverso i canali elettronici (e ciò impedirebbe di ritenere violato il contenuto essenziale del diritto alla vita privata¹¹), i dati sottoposti all'obbligo di

⁸Tale legame comporta in particolare che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interpretazione dell'articolo 8 della CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, relativa alla protezione dei dati personali conserva, a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, piena rilevanza ai fini dell'interpretazione dell'articolo 8 della Carta.

⁹ Sent. Volker und Markus Schecke e Eifert (C-92/09 e C-93/09, Racc. pag. I-11063).

¹⁰ Il richiamo è alla sentenza Österreichischer Rundfunk e a., C-465/00, C-138/01 e C-139/01, EU:C:2003:294, punto 75).

¹¹ Allo stesso modo la Corte di Giustizia ritiene che la conservazione dei dati predisposta dalla direttiva sia inidonea a pregiudicare il contenuto essenziale del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, considerato che la medesima prevede all'art. 7 una regola relativa alla protezione e alla sicurezza dei dati ai sensi della quale, fatte salve le disposizioni adottate in conformità delle direttive 95/46 e 2002/58, "i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione sono tenuti a rispettare taluni principi di protezione e di sicurezza dei dati, principi in base ai quali gli Stati membri assicurano l'adozione di adeguate misure tecniche e organizzative contro la distruzione accidentale o illecita, la perdita o l'alterazione accidentale dei dati".

conservazione (mittente e destinatario della comunicazione, durata e tipo di comunicazione, nome e indirizzo dell'utilizzatore, numero chiamante e numero chiamato, indirizzo IP, localizzazione del chiamante e apparecchiature utilizzate) permetterebbero di tracciare profili abbastanza definiti riguardo alle persone che utilizzano i mezzi di comunicazione. Ciò comporta che, nonostante la conservazione dei dati risponda ad un interesse di carattere generale, come la prevenzione e la lotta contro la criminalità organizzata, le modalità della conservazione sono tali da poter 'generare nelle persone interessate, la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza'.

Inoltre, l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati, previsto dagli artt. 4 e 8 della direttiva 2006/24, comporterebbe 'un'ingerenza supplementare'¹² nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata. Infine, la direttiva costituirebbe 'un'ingerenza nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'art. 8 della Carta, poiché prevede un trattamento dei dati personali'¹³.

Una volta accertata l'interferenza, si tratta di valutarne la legittimità ai sensi delle regole generali dell'ordinamento europeo: qui viene in gioco il canone della proporzionalità, quale condizione costitutiva della limitazione dei diritti fondamentali.

Proseguendo nella considerazione dei canoni dell'art. 52 della Carta, il perseguimento di un obiettivo di interesse generale e la necessità della limitazione diventano condizioni imprescindibili affinché la direttiva 2006/24/CE possa essere considerata legittima ai sensi dell'ordine giuridico sovranazionale. Con riferimento alla prima delle due condizioni, i giudici osservano che le norme denunciate sono funzionali alla lotta contro il crimine e il terrorismo e, quindi, al perseguimento di un obiettivo legittimo perché cercano di garantire quel diritto alla sicurezza che l'art. 6 della Carta riconosce ad ogni individuo. Con riferimento alla seconda delle due condizioni, i giudici sembrerebbero imporre al legislatore europeo una sorta di 'discrezionalità controllata' (COLOMBO, 2014: 2705b), proprio alla luce del preminente rango del diritto

¹² Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte EDU, *ex multis* sentenza Leander c. Svezia, del 26 marzo 1987.

¹³ Considerando 36 della sentenza 8/4/2014 in esame.

alla vita privata. La Corte, infatti, rileva che diverse circostanze mostrerebbero in maniera inequivoca che le norme denunciate eccedono i limiti di ciò che appare essere *strettamente necessario* per garantire la sicurezza: la vaghezza dei criteri utilizzati per definire in maniera oggettiva quali crimini perseguire attraverso la conservazione dei dati, l'insufficienza delle condizioni e delle procedure previste per evitare che attraverso la raccolta dei dati si possano perpetrare abusi (in particolare, il non aver previsto che l'accesso ai dati possa avvenire in seguito ad un apposito provvedimento dell'autorità giudiziaria o di un organo amministrativo indipendente), l'assenza di un catalogo di situazioni eccezionali escluse dall'obbligo di conservazione, la mancanza di norme che specificamente garantiscano modalità sicure di trattamento di una simile quantità di dati (in particolare, la distruzione irreversibile dei dati raccolti) e soprattutto la scelta di un monitoraggio che coinvolge indiscriminatamente tutti i soggetti, tutti i mezzi di comunicazione elettronica e tutti i tipi di dati determinano un quadro normativo che si colloca al di là di quanto strettamente indispensabile per conseguire l'obiettivo della lotta al crimine e al terrorismo. In particolare, la direttiva 2006/24/Ce apparirebbe censurabile nella parte in cui, prevedendo un minimo e un massimo temporale di conservazione dei dati (da sei mesi a ventiquattro mesi), non detta ai legislatori nazionali delle linee guida chiare per determinare, caso per caso e secondo le diverse condizioni, quale sia il periodo congruo e legittimo di archiviazione. Infatti, se il periodo di conservazione che può essere ritenuto ammissibile alla luce del principio di proporzionalità non può essere fissato senza riconoscere al legislatore un certo margine di discrezionalità, *"ciò non significa, tuttavia, che su tale aspetto sia escluso qualsiasi controllo di proporzionalità, per quanto difficile¹⁴"*.

In tal senso, i giudici accolgono le conclusioni dell'Avvocato generale, che parametrando la proporzionalità sul segmento temporale della vita umana, ritiene l'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata di diversa entità a seconda che la misura della conservazione sia determinata "in mesi" o in "anni": *"...dato che il principio della conservazione di tutta questa documentazione personale per un certo*

¹⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 12 dicembre 2013, Causa C-293/12, 147.

periodo di tempo è reputato legittimo, resta da chiedersi se sia inevitabile, vale a dire necessario, imporlo ai singoli per un lasso di tempo che si estende non solo al 'tempo presente', ma anche al 'tempo storico' ”¹⁵.

L'ingerenza in quella memoria storica per un periodo che può estendersi fino a due anni della storia personale di un individuo non sembrerebbe, dunque, *necessaria* al fine della repressione di seppur gravi delitti, con un notevole potenziale offensivo, perché risulta prevalente quel diritto fondamentale alla propria sfera di riservatezza che a tali condizioni, dice timidamente la Corte, risulterebbe snaturato.

Risulta, dunque, evidente che le valutazioni della Corte di Giustizia si addentrano nel merito del giudizio di bilanciamento effettuato dal legislatore europeo ed applicando un test di proporzionalità in senso stretto, che restringe alla necessità la clausola limitativa prevista dall'art. 52.1, incanalano la discrezionalità legislativa entro binari controllati, che guardano nella direzione della piena promozione dei diritti della personalità nell'*humus* del nascente diritto costituzionale europeo.

3. La vocazione costituzionale della Corte di giustizia nell'applicazione del parametro di proporzionalità: una visione d'insieme

Tali ultime considerazioni della Corte di Giustizia ci conducono al cuore dell'intervento, ossia all'analisi della funzione che il principio di proporzionalità svolge quale parametro di legittimità della discrezionalità del legislatore europeo, avvicinando l'organo di giustizia dell'Unione europea alle fattezze di una Corte Costituzionale nel sindacato dell'atto politico per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Occorre, quindi, rivolgere brevi cenni al concetto di proporzionalità per rivelare già l'insita politicità di un principio così a maglie larghe.

L'idea di proporzionalità rimanda all'elaborazione delle scienze c.d. esatte, ossia all'ambito matematico¹⁶ ed economico. E' un concetto che si confonde con quello di

¹⁵ *Ibidem*, 149.

¹⁶ Sia Archimede che Euclide (cfr. *Elementi*, libro V) attribuiscono la teoria delle proporzioni ad Eudosso di Cnido, matematico ed astronomo greco del IV sec. a.C. In fisica, al principio di proporzionalità è intitolata la seconda legge sul moto di Isaac Newton. Nella stessa geometria la nozione di proporzione è fortemente ricorrente.

armonia, di *simmetria* e di *bellezza*. Un'idea fondamentale che pervade quasi tutti i settori della scienza, permettendo, in ciascun ambito, di giungere alla soluzione, al progetto, all'opera considerata più adeguata o razionale e, dunque, preferibile tra le molte, in astratto, prospettabili soluzioni. Tale idea di *armonia* si propaga anche nell'alveo delle scienze umane, qual è il diritto, laddove la proporzione assume le fattezze di principio generale dell'ordinamento giuridico. In particolare, un principio secondo il quale la scelta dei mezzi e strumenti da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini "va limitata alle considerazioni razionali rispetto ai valori": un "criterio elementare di giustizia" (SANDULLI, 2006:4643) in base al quale il fine perseguito dal legislatore (o dall'amministrazione) deve essere raggiunto utilizzando un mezzo che sia idoneo allo scopo e che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi che il mezzo stesso colpisce o coinvolge nel suo dispiegarsi¹⁷.

In tale ampia eccezione, il principio di proporzione è inteso quale "strumento idoneo ad orientare efficacemente l'esercizio del potere, legislativo o esecutivo"(SANDULLI, 2006:4643). In effetti, tale principio concepito nell'alveo della scienza giuridica, si fonda su una concezione strumentale del diritto e delle istituzioni politiche, secondo la quale l'attività statale non costituisce un fine in se stesso, ma uno strumento al servizio di beni, interessi né creati né definiti dal diritto stesso ma, come direbbe Ferrajoli, che si fondano nell'esigenza di protezione dei diritti della persona in carne ed ossa.

Con il termine "proporzionalità in senso lato" si indicano due fondamentali requisiti degli strumenti legislativi e cioè l'idoneità e la necessità, requisiti il cui accertamento costituisce i primi due gradini del giudizio in questione. Da un lato, il rapporto tra il fine che le misure di legge devono realizzare ed i mezzi delle stesse adottate deve, infatti, essere conforme ad un criterio di idoneità; dall'altro, il mezzo

¹⁷ "Il principio di proporzionalità è principio generale dell'ordinamento giuridico e si risolve nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata a quella strettamente necessaria al pubblico interesse, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile", Cons. Stato, Sez. V, sentenza 14 aprile 2006, n. 2087, in *Dir. e giust.*, 2006, 19;

deve corrispondere ad un parametro di necessità e cioè presentarsi come non sostituibile per la realizzazione del fine in questione e come lo strumento meno incisivo riguardo alle posizioni da tutelarsi, secondo il cd. “criterio del mezzo più mite”. La “proporzionalità in senso stretto”, invece, esprime un ulteriore requisito delle misure legislative, comportando un terzo grado di giudizio rispetto a quanto fin qui osservato, che si risolve nella valutazione sulla ponderazione tra gli interessi coinvolti nella scelta del legislatore, la sua corrispondenza ad un principio di ragionevole e proporzionale bilanciamento tra beni costituzionalmente rilevanti.

La fisionomia trifasica del principio di proporzionalità, di matrice tedesca, comporta, dunque, che la correzione che l’interprete e soprattutto il giudice costituzionale deve effettuare per ricondurre a proporzione i termini del raffronto è operazione che necessita comunque dell’esercizio di un’altra ed ulteriore discrezionalità, dal momento che l’elasticità dei concetti rappresenta una sfida tanto per il legislatore quanto per l’interprete (COGNETTI, 2011)¹⁸.

La giurisprudenza comunitaria ha da tempo riconosciuto il principio di proporzionalità quale principio generale dell’ordinamento comunitario, in quanto desumibile dai principi comuni agli stati membri, in particolare con forte influenza dell’esperienza tedesca¹⁹.

¹⁸ Cognetti, infatti, in un ampio esame del principio di proporzionalità, sottolinea come: “Si conferma dunque come la proporzione costituisca una categoria astratta per eccellenza, coinvolgendo il rapporto uguaglianza-differenziazione in ragione dei criteri prescelti a monte, la cui selezione si fonda non tanto su considerazioni logiche ed analitiche, quanto invece su quel nucleo di irrazionalità e di istintività da cui si sviluppa la coscienza umana con le sue scale e con i suoi complessi sistemi di valori e dei suoi equilibri relazionali. Come in ogni altra disciplina, nella scienza giuridica la proporzione stessa costituisce metodo imprescindibile di dosaggio e di distribuzione – a livello legislativo, giurisprudenziale e amministrativo – dell’uguaglianza nella valutazione dei presupposti applicativi di regole astratte ai soggetti destinatari”;

¹⁹ Inoltre, il principio di proporzionalità viene inizialmente codificato nel Trattato istitutivo della Comunità Europea che all’art. 5 comma 3 disponeva: “L’azione della Comunità non va aldilà di quanto è necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato”. Tale norma è stata interpretata innumerevoli volte dalla Corte di Giustizia, la quale, proprio con riferimento all’incidenza del principio di proporzionalità sull’esercizio dei diritti di libertà fondamentali tutelate dal Trattato, ha precisato che la proporzione esige che le misure legislative ed amministrative degli Stati nazionali devono: a) essere applicate in modo non discriminatorio, b) essere giustificate da necessità imperative dell’interesse generale, c) essere idonee ad assicurare il conseguimento dell’obiettivo che si prefiggono, d) non essere sovradimensionate rispetto allo scopo perseguito (Corte di Giustizia, sezione V, sentenza 9 marzo 2000, nella causa C-355/98, Commissione delle Comunità europee c/Regno del Belgio, che richiama e riprende la celebre sentenza Nold, sent. 14 maggio 1974, causa c- 4/ 73). Oggi la disposizione dell’art. 5 citato è stata sostituita dall’art. 5 comma 4 del Trattato sull’Unione Europea, entrato in vigore il 1 dicembre

La vasta applicabilità del principio in questione da parte della Corte di Giustizia si può ricondurre a tre principali funzioni: 1) quale strumento di controllo degli atti comunitari; 2) quale strumento di revisione delle misure nazionali che pregiudicano i diritti fondamentali della persona; 3) quale clausola imposta dall'art. 5, comma 4 TUE, al fine di limitare l'esercizio delle competenze legislative dell'Unione europea. Si è, inoltre, osservato come a tale duttilità funzionale corrisponda un'intensità di controllo diversa a seconda dell'oggetto del controllo (TRIDIMAS, 2006: 137-138). Infatti, è dato riscontrare un giudizio a fisarmonica che si restringe, limitandosi a censurare la 'manifesta inadeguatezza', nel caso in cui l'oggetto del giudizio sia costituito da una misura comunitaria, stante l'alta discrezionalità riconosciuta al legislatore europeo, mentre si dilata, atteggiandosi come test di necessità, ovvero 'dell'alternativa meno restrittiva', qualora l'oggetto di controllo sia dato da una misura statale da ritenersi incompatibile con un diritto fondamentale sancito nei Trattati dell'Unione.

Ciò che, dunque, emerge ad più attento esame casistico è che, il controllo di proporzionalità degli atti comunitari appare un controllo 'marginale', limitato a verificare 'la non manifesta irragionevolezza delle scelte del legislatore comunitario e senza comportare uno *strict scrutiny* delle scelte di quest'ultimo'(CATTABRIGA, 1998:170-171).

Orbene, alla luce della pronuncia in esame è dato rilevare come, anche nel giudizio di legittimità degli atti comunitari, il giudice di Lussemburgo mostri una certa tendenza a sconfinare dai certi confini della manifesta irragionevolezza, per addentrarsi nel campo minato del test di necessità, avendo come stella polare la Carta dei diritti e come strumento formale la clausola limitativa in essa contenuta.

La Corte, infatti, ha spesso affermato come l'illegittimità di una misura comunitaria possa aversi soltanto in caso di manifesta inidoneità della stessa rispetto al fine perseguito, giustificando tale conclusione con la sussistenza di un'ampia

2009, in base al quale: "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limita a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati". Consacrato in tale articolo, il principio di proporzionalità assume una dimensione propriamente costituzionale e presuppone una restrizione della potestà normative dell'Unione Europea, che implica ponderare se le misure applicate o implementate sono adeguate a conseguire i fini per cui si stabilirono.

discrezionalità delle istituzioni comunitarie nella disciplina delle materie di politica comunitaria²⁰. Tale atteggiamento di prudenza e di *self restraint* della Corte non si riscontra solo laddove l'oggetto di giudizio è rappresentato da un atto normativo adottato dalle istituzioni comunitarie per l'implementazione di una politica comune, ma anche nell'ambito delle limitazioni dei diritti fondamentali. Come è noto, infatti, a partire dalla celebre sentenza *Nold*²¹, la Corte di Giustizia affermava come i diritti individuali garantiti dal diritto comunitario, nella specie il diritto di proprietà e di esercizio del commercio, non dovessero essere considerati quali prerogative assolute, bensì in relazione alla proprio funzione sociale e pertanto fossero suscettibili di limitazione a tutela dell'interesse pubblico, purchè le limitazioni poste a tal fine non si presentassero sproporzionate e tali da pregiudicare la sostanza dei diritti stessi²². Tali conclusioni che hanno trovato una conferma anche nella giurisprudenza successiva, evidenziano un sindacato sulla proporzionalità alquanto debole, che sovente tende a salvare le misure legislative in questione.

Ma si può dire di più, la Corte, riguardo agli atti comunitari, rifugge da reali operazioni di bilanciamento tra diritti individuali e interesse pubblico, limitandosi a censurare quelle misure palesemente irragionevoli e manifestamente inidonee alla realizzazione dei fini indicati, senza effettuare alcun tipo di controllo sulla reale natura di 'interesse generale', e senza chiarire se le limitazioni lesive della sostanza dei diritti siano ammissibili purché 'proporzionate' oppure debbano considerarsi, in ogni caso, inammissibili.

In tale quadro, la sentenza in esame rappresenta certamente una nota dissonante²³, in quanto, come ampiamente illustrato prima, la Corte di Giustizia procede in un test di proporzionalità più definito ed incisivo, e tracciati dapprima i

²⁰ Ciò risulta particolarmente evidente soprattutto nell'ambito della politica agricola comune, dove viene riconosciuto la sussistenza di un'amplissima discrezionalità del legislatore comunitario, che consente alla Corte di censurare soltanto quelle misure che appaiono palesemente sproporzionate rispetto ai fini da realizzarsi

²¹ Vedi nota 25

²² Formula quest'ultima contenuta che ricorda quella di cui all'art. 19 della *Grundgesetz*, la cosiddetta garanzia del contenuto essenziale.

²³ La Corte di Giustizia aveva dimostrato tale propensione per il più ampio standard di tutela europeo dei diritti fondamentali già nel caso *Melloni*, sentenza emessa il 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

contorni del contenuto essenziale dei diritti in questione, in forza di un criterio di necessità-adequatezza, stabilisce una regola di bilanciamento che fa prevalere il diritto della personalità sull'interesse generale alla sicurezza pubblica.

E ciò, nonostante la scarna formula dell'art. 52 della Carta dei diritti tracci alcune coordinate che sembrerebbero volgersi verso un depotenziamento della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nella concettualizzazione del principio di proporzionalità. Infatti, da un lato, il rispetto del principio di legalità e di quello di necessità, non sembrano aggiungere in concreto nuove condizioni, essendo il primo già contemplato nell'ordinamento comunitario quale principio generale e il secondo difficilmente scindibile dal principio di proporzionalità. Dall'altro lato, l'alternativa fra il perseguimento di finalità di interesse generale dell'Unione e l'esigenza di protezione dei diritti e libertà altrui aumenta e non riduce le possibilità di introdurre limitazioni ai diritti fondamentali. Nello stesso tempo va rimarcato come il riferimento alle finalità di interesse generale 'riconosciute dall'Unione', anziché, come enunciato dalla Corte nella sopra richiamata giurisprudenza, 'perseguite dalla Comunità', dilata ulteriormente le possibilità di limitazioni.

In ogni caso, la clausola di limitazione va collocata nell'intero contesto testuale dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, ed in particolare va letta in combinato disposto con il terzo comma che afferma: *“Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”*. Facendo rinvio al significato e alla portata dei diritti garantiti dalla Cedu, i corrispondenti diritti fondamentali previsti dalla Carta sembrano, quindi, riconosciuti come immodificabili, nel senso che non è possibile introdurre, tramite strumenti di diritto comunitario, ulteriori limitazioni o condizioni al loro esercizio oltre a quelli previsti dalla Convenzione.

L'articolo in esame stabilisce, quindi, una priorità di valore dei diritti sanciti al comma 3, insuscettibili di una modifica *in peius* da parte di qualsiasi atto normativo

dell'Unione, rispetto ai diritti contemplati nel comma 2, ossia quelli disciplinati solo nella medesima Carta, il cui esercizio può essere ulteriormente limitato solo attraverso una modifica dei trattati stessi.

A ciò si aggiunge l'art. 53 della Carta di Nizza che sancisce che l'interpretazione delle norme della Carta non può avere l'effetto di determinare un livello di protezione dei diritti fondamentali inferiore a quello fornito, per tali diritti, dall'ordinamento comunitario o dalle norme internazionali e tra queste in particolari dalla Cedu.

In tal senso, il diritto al rispetto della vita privata non può che ottenere quell'ampio riconoscimento che, anche la giurisprudenza della Corte Edu²⁴ ha in distinte e varie occasioni attribuito al corrispondente art. 8 della Carta Edu, cosicché le limitazioni apportate dalla direttiva 2006/24/CE non possono che apparire sproporzionate.

²⁴Ora, secondo la dottrina generale del Tribunale europeo, un'ingerenza statale nel godimento e nell'esercizio di tale diritto, così come specificato nell'art. 8.1 della Cedu, costituisce violazione dell'obbligo di rispettarlo nella misura in cui essa non soddisfi le tre condizioni di legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica, indicate nella "*clausola di limitazione*", che accompagna l'enunciazione del diritto all' art. 8.2 della Carta Edu. Infatti, qualsiasi misura che preveda l'inoltro di corrispondenza privata alle autorità pubbliche e conferisca a queste ultime il potere di aprirla, leggerla e conservarne il contenuto trova la sua *giustificazione* qualora sia conforme al *principio di legalità*, cioè sia sorretta in ogni momento da un *ordine previamente emesso e fondato su una base giuridica accessibile e prevedibile* (Cedu, sentenza del 20. 6. 2000, *Foxley c. Regno Unito*: caso in cui l'ordine di inoltro riguardava la corrispondenza di una persona fallita al *Trustee in Bankruptcy*). Principio di legalità che viene interpretato dalla Corte in maniera più rigorosa in materia di *intercettazioni*. Ad avviso della Corte, infatti, la mera esistenza di una disciplina sulle intercettazioni crea per tutti i potenziali destinatari una "*minaccia di sorveglianza*" che pregiudica la libertà di comunicazione tra utenti dei servizi postali e di telecomunicazione e perciò costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della corrispondenza (Cedu, sentenza del 6. 9. 1978, *Klass e altri c. Germania*). Di conseguenza pur riconoscendo allo Stato un certo margine di apprezzamento, la Corte esige che il "*sistema di sorveglianza*" prescelto risponda ad "*una serie di garanzie adeguate ed effettive contro gli abusi; e tale valutazione riveste certamente un carattere relativo: dipende da tutte le circostanze del caso, per esempio la natura, l'ampiezza e la durata delle misure, i presupposti, le autorità deputate all'autorizzazione, esecuzione e controllo delle misure di sorveglianza, nonché le vie di ricorso offerte ai singoli dall'ordinamento*" (*Klass e altri c. Germania*). In particolare perché sia garantito ai singoli eventualmente la possibilità di contestare la legalità della misura adottata, occorre che il soggetto che l'ha subita ne sia informato. Ulteriore corollario del principio di legalità consiste nella sottoposizione dell'intercettazione a controllo giurisdizionale, anche se questo non viene imposto come condizione stringente, essendo sufficiente che il *soggetto controllante* sia dotato di sufficiente autonomia dall'esecutivo.

4.- Conclusioni.

Ed è all'interno di questo quadro che si muove il giudice europeo, di fatto attuando un vero e proprio bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata, così come interpretato anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, ritenendolo prevalente, alle condizioni dettate dalla direttiva 2006/24/Ce, rispetto alla tutela dell'ordine pubblico europeo. Sembrerebbero, dunque, allontanarsi i tempi del sindacato debole e marginale di manifesta irragionevolezza; ora il sindacato di proporzionalità, in forza del blocco di costituzionalità europeo costituito dalla Carta europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza, si tinge di tinte più marcate, assumendo le sembianze di un forte sindacato di legittimità degli atti normativi europei, per la piena promozione e tutela dei diritti fondamentali della persona.

Riferimenti bibliografici

CATTABRIGA, Chiara (1998), *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico*, Milano: Giuffrè, 170-171;

COGNETTI, Stefano (2011), *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale ed analisi sistematica*, Torino: Giappichelli;

COLOMBO, Eleonora (2014), *Data Retention e Corte di Giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/Ce*, in *Cass.pen.*, fasc.7-8, pag. 2705B;

MANZINI, Pietro (2002), "La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione Europea: problemi interpretativi posti dall'art.52", in L. S. Rossi, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano: Giuffrè, pag. 127ss;

SANDULLI, Aldo (2006), voce *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. V., Milano: Giuffrè, pp. 4643;

TRIDIMAS, Takis (2006), *The general principles of EU law*, Oxford Ec Law Library, pag. 137-138.

IL PRIMO RINVIO PREGIUDIZIALE DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI INTERAZIONI DIALOGICHE TRA CORTI E DI TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

Chiara Sorbello

*Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

Sommario:

1. Premessa.
2. Il quadro normativo ed il quadro fattuale.
3. (segue): la sentenza della CGUE del 30 maggio 2013 e la successiva declaratoria di incostituzionalità del *Conseil constitutionnel*.
4. Il primo rinvio pregiudiziale del *Conseil constitutionnel* nell'ambito di una “*pacification potentielle*” dei rapporti interordinamentali.
5. Considerazioni conclusive.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

IL PRIMO RINVIO PREGIUDIZIALE DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI INTERAZIONI DIALOGICHE TRA CORTI E DI TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI.

Lo scritto si incentra sul seguito della decisione n. 2013-314P QPC del 4 aprile 2013 con la quale il *Conseil constitutionnel*, per la prima volta, ha operato un rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia nel corso di un giudizio in via incidentale in merito alla decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. La decisione, rappresentando un'importante tappa nell'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale francese *vis-à-vis* l'ordinamento europeo, si pone quale occasione significativa per analizzare lo stato dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea sia nel contesto delle interazioni dialogiche tra le Corti, sia nell'ambito della tutela multilivello dei diritti. Muovendo dalla sentenza *de qua*, si intende quindi riflettere sulla scelta del Consiglio costituzionale francese di ricorrere a tale meccanismo di rinvio, allineandosi all'orientamento delle Corti costituzionali nazionali, onde esaminare gli effetti che ne discendono sul percorso di rafforzamento dell'unione politica e giuridica europea e di tutela dei diritti in ambito nazionale e sovranazionale.

Resumen en español

EL PRIMER REENVÍO PREJUDICIAL DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: BREVES REFLECTIONES EN MATERIA DE COOPERACIÓN ENTRE CORTES Y TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS.

El escrito se centra en la decisión n. 2014-314 QPC de 4 de abril de 2013 con la cual el *Conseil constitutionnel*, por primera vez, ha realizado un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia a partir de un juicio en vía incidental en relación con la Decisión Marco 2002/584/JAI, sobre la orden de detención europea y el procedimiento de entrega entre Estados miembros. La decisión representa una importante etapa en la evolución del sistema de justicia constitucional francés *vis à vis* con el ordenamiento europeo y es una ocasión significativa para analizar el estado de las relaciones entre Derecho interno y Derecho de la Unión europea sea en el contexto de las interacciones dialécticas entre las Cortes, sea en el ámbito de la tutela multinivel de los derechos. Partiendo de la sentencia *de qua*, se quiere reflexionar sobre la elección del Consejo constitucional francés de recurrir a tal mecanismo de reenvío, alineándose con la orientación de las Cortes constitucionales nacionales, para examinar así los efectos que se producen en el proceso de reforzamiento de la unión política y jurídica europea y de tutela de los derechos en el ámbito nacional y supranacional.

Abstract in English

THE FIRST PRELIMINARY QUESTION TO THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION REFERRED BY THE FRENCH *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: A REFLECTION ON THE MULTILEVEL ON THE DIALOGUE BETWEEN COURTS AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

The paper focuses on the decision n. 2013-314P QPC of april 4th 2013, with which the French Constitutional Council for the first time has referred to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling, raised in the course of the Priority Preliminary Question on Constitutionality proceedings concerning the Council Framework Decision 2002/584/JHA, on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. This decision represents an important stage on the evolution of the French constitutional justice system *vis-à-vis* the European law and gives the opportunity to analyse the relationship between national law and EU law, both from the “dialogue between Courts” point of view, and within the scope of the multilevel protection of fundamental rights. Starting from the decision *de qua*, the purpose of the paper is to analyse the choice of the French Constitutional Council to use this referral mechanism, in line with other constitutional Courts positioning, in order to examine the effects resulting from it to strengthen the political and legal European Union and to broaden the protection of rights in national and supranational level.

1.- Premessa

In via preliminare, appare necessario ricordare che la decisione quadro n. 2002/584 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri dell'Unione Europea ha sostituito il sistema di estradizione convenzionale con un meccanismo semplificato di arresto e consegna delle persone ricercate, nell'ambito dello spazio territoriale europeo (DE AMICIS LUZZOLINO, 2008: 3). In particolare, il MAE rappresenta uno dei principali mezzi impiegati per la costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia tra i Paesi dell'Unione, e si fonda sui principi del *mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e della fiducia reciproca tra gli Stati membri*, che postulano l'esistenza di un comune standard minimo di tutela dei diritti fondamentali, nonostante le inconfutabili differenze intercorrenti tra i sistemi nazionali (CIVELLO CONIGLIARO e LO FORTE, 2013). Ai sensi degli artt. 6 e 8 della decisione quadro, le garanzie per le persone sono offerte anzitutto dal controllo operato dall'autorità giudiziaria dello Stato al quale si richiede la consegna sull'esistenza di taluni requisiti formali, sul rispetto del principio del *ne bis in idem*, sulla maggiore età del responsabile dei fatti all'origine del mandato di arresto. La mancanza di tali requisiti determina l'obbligo di rifiuto del trasferimento. Vi sono poi altre garanzie, come quelle contemplate dagli artt. 27¹ e 28² disciplinanti, rispettivamente, “eventuali azioni penali per altri reati” e la “consegna o estradizione successiva”.

¹ L'art 27, ai par. 1 e 2 recita: “ogni Stato membro può notificare al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea che nei suoi rapporti con altri Stati membri che hanno effettuato la stessa notifica si presume che sia stato accordato l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stato consegnato salvo che in un caso specifico l'autorità giudiziaria dell'esecuzione faccia una diversa dichiarazione nella sua decisione relativa alla consegna”.

² L'art. 28 recita “1. Ogni Stato membro può notificare al Segretariato generale del Consiglio che nei suoi rapporti con altri Stati membri che hanno effettuato la stessa notifica si presume che sia stato accordato l'assenso per la consegna della persona ad uno Stato membro, diverso dallo Stato membro di esecuzione, a seguito di un mandato d'arresto europeo emesso per un reato anteriore alla sua consegna, salvo che in un caso specifico l'autorità giudiziaria dell'esecuzione faccia una diversa dichiarazione nella sua decisione relativa alla consegna. 2. Una persona consegnata allo Stato membro emittente a seguito di un mandato d'arresto europeo può comunque essere consegnata senza l'assenso dello Stato membro di esecuzione ad uno Stato membro diverso dallo Stato membro di esecuzione a seguito di un mandato d'arresto europeo emesso per un reato anteriore alla sua consegna nei casi seguenti:a) quando, pur avendo avuto l'opportunità di farlo, il ricercato non ha lasciato il territorio dello Stato membro al quale è stato consegnato nei 45 giorni successivi alla sua scarcerazione definitiva

Questa procedura di consegna delle persone fra Stati membri ha inevitabili ricadute sulla sfera dei diritti fondamentali, richiedendo un attento bilanciamento tra le esigenze di cooperazione giudiziaria e quelle di garanzia per le persone sottoposte a procedimento penale. Tale aspetto non solo ha avuto un importante seguito nel dibattito dottrinale, bensì è stato oggetto di numerose decisioni della Corte di giustizia³. I giudici di Lussemburgo, recentemente, sono tornati sul punto pronunciandosi a seguito di alcuni rinvii pregiudiziali sollevati da parte di diverse Corti costituzionali nazionali⁴.

A tal riguardo, l'occasione che induce a porre l'attenzione sull'argomento è proprio la decisione n. 2013-314P QPC del 4 aprile 2013⁵, ultima in ordine temporale, con la quale il *Conseil constitutionnel*, per la prima volta, ha operato un rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia, nel corso di un giudizio in via incidentale, in merito alla decisione quadro 2002/584/GAI.

oppure vi ha fatto ritorno dopo averlo lasciato;b) qualora il ricercato consenta ad essere consegnato ad uno Stato membro diverso dallo Stato membro di esecuzione a seguito di un mandato d'arresto europeo. Il consenso è raccolto dalle autorità giudiziarie competenti dello Stato membro emittente e verbalizzato in conformità con il diritto interno di quest'ultimo. Esso è redatto in modo che risulti che l'interessato l'ha espresso volontariamente e con piena consapevolezza delle conseguenze. A tal fine la persona ha diritto ad essere assistita da un consulente legale;c) allorché il ricercato non beneficia della regola della specialità, in conformità dell'articolo 27,paragrafo 3, lettere a), e), f) e g).3. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione dà il suo assenso alla consegna ad un altro Stato membro secondo le seguenti regole:a) la richiesta di assenso è presentata in conformità dell'articolo 9, corredata delle informazioni di cui all'articolo 8, paragrafo 1 nonché di una traduzione, come previsto all'articolo 8, paragrafo 2;b) l'assenso è accordato qualora il reato per cui è richiesto dia esso stesso luogo a consegna conformemente al disposto della presente decisione quadro;c) la decisione interviene entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta;d) l'assenso è rifiutato per i motivi di cui all'articolo 3 e può essere altrimenti rifiutato soltanto per i motivi di cui all'articolo 4.Per le situazioni di cui all'articolo 5 lo Stato membro emittente deve fornire le garanzie ivi previste.4. In deroga al paragrafo 1, la persona che è stata consegnata a seguito di un mandato d'arresto europeo non è estradata verso uno Stato terzo senza l'assenso delle autorità competenti dello Stato membro che ha provveduto alla consegna. L'assenso è accordato in conformità delle convenzioni che vincolano lo Stato membro che ha provveduto alla consegna del ricercato, nonché della legislazione nazionale del medesimo”.

³ Cfr. *ex plurimis* sent. 16 novembre 2011, Mantello, causa C-261/09, in Racc. I-11477; sent. 21 ottobre 2010, I.B., causa 306/09, in Racc. I-10341; sent. 6 ottobre 2009, Wolzenburg, causa C-123/08, in Racc. I-9621; sent. 1 dicembre 2008, Leymann e Pustovarov, causa C-388/08 PPU, in Racc. I-8993; sent. 12 agosto 2008, Goicoechea, causa C- 296/08 PPU, in Racc. I-6307; sent. 17 luglio 2008, Kozlowski, causa C-66/08, in Racc. I-6041.

⁴ Cfr. *ex plurimis* sent. 16 novembre 2011, Mantello, causa C-261/09, in Racc. I-11477; sent. 21 ottobre 2010, I.B., causa 306/09, in Racc. I-10341; sent. 6 ottobre 2009, Wolzenburg, causa C-123/08, in Racc. I-9621; sent. 1 dicembre 2008, Leymann e Pustovarov, causa C-388/08 PPU, in Racc. I-8993; sent. 12 agosto 2008, Goicoechea, causa C- 296/08 PPU, in Racc. I-6307; sent. 17 luglio 2008, Kozlowski, causa C-66/08, in Racc. I-6041.

⁵ CC, n. 2013-314P QPC, 4 avril 2013.

Il rinvio pregiudiziale e la successiva pronuncia della Corte di giustizia presentano elementi di particolare interesse sotto un duplice profilo: da un lato, in tema di evoluzione delle interazioni dialogiche tra le funzioni di Corti ordinarie, Corti costituzionali e Corti di giustizia; dall'altro in riferimento alla tutela multilivello dei diritti fondamentali della persona, di cui, come si è detto, la disciplina del mandato d'arresto europeo costituisce un esempio paradigmatico.

La disamina del predetto rinvio intende, pertanto, condurre ad un'analisi sulle modalità attraverso le quali il *Conseil constitutionnel* e la Corte di giustizia concorrono nell'esercizio della funzione di garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento nazionale e da quello sovranazionale, onde valutare il contributo di ciascuna di esse. In particolare, l'autorità giudiziaria costituzionale francese pur riconoscendo per la prima volta il ruolo di primazia della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto sovranazionale, con specifico riferimento alle misure di trasposizione del mandato d'arresto europeo, attraverso l'attivazione del sindacato di costituzionalità successiva alla decisione della Corte europea, riesce a conservare la propria funzione di preminenza nella protezione e garanzia dei diritti fondamentali, pervenendo così ad un risultato "*gagnant-gagnant*" (BONNET, 2013). Il rinvio pregiudiziale del Giudice costituzionale francese si configura, inoltre, quale interessante *overruling* rispetto all'orientamento giurisprudenziale costante⁶, tale da comportare un allineamento della giurisprudenza costituzionale d'oltralpe alla posizione degli organi di giustizia costituzionale nazionale che hanno accettato di percorrere la strada della cooperazione giudiziaria tracciata dall'art. 267 TFUE.

Tuttavia, nell'anticipare alcune riflessioni conclusive, posta l'indubbia rilevanza del mutamento giurisprudenziale del Consiglio costituzionale, occorre comunque evidenziare che le peculiarità che hanno contraddistinto la decisione in oggetto - nello specifico, come si vedrà, essa concerne la procedura del mandato d'arresto europeo beneficiante di una copertura costituzionale ai sensi dell'art. 88-2, è stata sollevata nel

⁶ Si segnala, da ultimo, la *Déc.* n. 2006-540 nella quale il giudice costituzionale afferma "*devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'art. 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'art. 234 du Traité instituant la Communauté européenne*".

corso di una QPC e non di un controllo *a priori*, ed ha consentito l'attivazione di una procedura d'urgenza, in modo da garantire il rispetto dei termini previsti *ex lege* - inducono a ritenere il ricorso al meccanismo pregiudiziale una scelta connotata da eccezionalità e, pertanto, di non facile ed immediata reiterazione (DEROSIER, 2014).

Nel corso dell'analisi saranno brevemente riportati i fatti all'origine del rinvio pregiudiziale, le questioni giuridiche sottoposte dall'autorità giudiziaria costituzionale, in virtù dell'applicazione della disciplina francese di attuazione della disposizione europea, nonché le risposte fornite dalla Corte di Lussemburgo.

2.- Il quadro normativo ed il quadro fattuale

L'attuazione della procedura del mandato d'arresto europeo all'interno dell'ordinamento francese ha comportato, successivamente al parere del *Conseil d'Etat*, che sanciva l'incostituzionalità della DQ n. 2002/584 GAI⁷ l'approvazione della *loi constitutionnelle* del 25 marzo 2003 n. 2003-267 e la conseguente introduzione dell'art. 88-2, il quale dispone che *“la loi fixe les règles relatives au mandat d'arret européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne”*. Da ciò discendendo l'applicabilità della decisione quadro per il tramite della legge nazionale *d'habilitation* n. 2004-404 del 9 marzo 2004 di adeguamento della giustizia alle evoluzioni della criminalità, che ha introdotto un'ampia novella dell'art. 695 del Codice di procedura penale, con l'aggiunta di quarantuno nuovi paragrafi (dal 695-11 al 695-51) ed ha modificato gli articoli 568 e 574 dello medesimo codice.

In particolare, e per ciò che interessa la presente sede, l'art. 695-46⁸ del Codice di procedura penale francese, successivamente alla predetta riforma, disciplina il

⁷ CE, ass. gén., 26 septembre 2002, avis sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arret européen et aux procédures de remise aux Etats-membres.

⁸ L'art. 695-46 del Code de Procédure pénale, prima della pronuncia di incostituzionalità del Conseil constitutionnel sanciva: *“La chambre de l'instruction devant laquelle la personne recherchée a comparu est saisie de toute demande émanant des autorités compétentes de l'Etat membre d'émission en vue de consentir à des poursuites ou à la mise à exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté prononcées pour d'autres infractions que celles ayant motivé la remise et commises antérieurement à celle-ci. La chambre de l'instruction est également compétente pour statuer, après la remise de la personne recherchée, sur toute demande des autorités compétentes de l'Etat membre d'émission en vue de consentir à la remise de la personne recherchée à un autre Etat membre en vue de l'exercice de poursuites ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté pour un fait quelconque antérieur à la remise et différent de l'infraction qui a motivé cette mesure. Dans les deux cas,*

procedimento applicabile alle sentenze emesse dall'autorità giudiziaria francese consecutive alla consegna alle autorità di un altro Stato membro dell'Unione europea nei confronti di una persona arrestata in Francia, in virtù di un mandato d'arresto europeo emesso dalle sue autorità. Il comma 4 del presente articolo prevedeva che la Camera istruttoria (*Chambre d'instruction*) fosse competente a “decidere senza ricorso (...), nel termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della domanda”.

Venendo ora, brevemente, alla descrizione del caso in questione (ROVAGNATI, 2013), la decisione della Corte di giustizia trae origine da una vicenda che vede coinvolti sia l'ordinamento britannico, sia l'ordinamento francese. Il ricorrente, il Professore inglese *Forrest* fuggito dal proprio Paese insieme ad una studentessa di quindici anni e mezzo veniva arrestato in Francia in esecuzione di un mandato di arresto emesso dalle autorità giudiziarie britanniche, inizialmente, per il solo reato di sottrazione di minore. Accertato, nel corso di ulteriori indagini, che i due avevano avuto rapporti sessuali durante la fuga oltremarina, l'autorità giudiziaria inglese, in un secondo momento, richiedeva alla Francia l'estensione del mandato di arresto ed il conseguente esercizio dell'azione penale per il più grave reato di violenza sessuale. Tale ipotesi è regolata dagli artt. 27 e 28 della decisione quadro, la quale ha conformato la discrezionalità del giudice dell'esecuzione prevedendo quando l'assenso debba o non debba essere dato e quando debba o possa non essere dato. Infine, chiosa l'art. 27, la decisione deve comunque intervenire “entro i trenta giorni dal ricevimento della richiesta”.

Come anticipato e come si evince(va) dalla lettura del comma 4 dell'art. 695-46 precedente alla declaratoria di incostituzionalità, la normativa francese di attuazione

un procès-verbal consignat les déclarations faites par la personne remise est également transmis par les autorités compétentes de l'Etat membre d'émission et soumis à la chambre de l'instruction. Ces déclarations peuvent, le cas échéant, être complétées par les observations faites par un avocat de son choix ou, à défaut, commis d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats. La chambre de l'instruction statue sans recours après s'être assurée que la demande comporte aussi les renseignements prévus à l'art. 695-13 et avoir, le cas échéant, obtenu des garanties au regard des dispositions de l'art. 695-32, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la demande. Le consentement est donné lorsque les agissements pour lesquels il est demandé constituent l'une des infractions visées à l'art. 695-23, et entrent dans le champ d'application de l'art. 695-12. Le consentement est refusé pour l'un des motifs visés aux articles 695-22 et 695-23 et peut l'être pour l'un de ceux mentionnés à l'art. 695-24”.

della predetta disposizione aveva stabilito la non impugnabilità del provvedimento del giudice dell'esecuzione.

Ebbene, la prima fase giurisprudenziale della vicenda oggetto della pronuncia del giudice europeo si rinviene nella *question prioritaire de constitutionnalité* che la *Cour de cassation* solleva nei confronti del *Conseil constitutionnel*⁹, poiché la Suprema Corte francese condivide il sospetto del ricorrente in merito all'incompatibilità tra il divieto di impugnazione previsto dal comma 4 dell'art. 695-46 c.p.p. ed i diritti ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un eguale accesso alla giustizia, come sanciti dalla Carta costituzionale francese, nonché quali garantiti a livello sopranazionale.

E' in tale contesto che si inserisce il primo rinvio pregiudiziale del *Conseil constitutionnel* alla Corte europea, in quanto i giudici di *rue de Montpensier* giudicavano necessario verificare se le disposizioni di cui agli artt. 27 e 28 della DQ¹⁰ ostassero ad una disciplina nazionale che prevede un ricorso sospensivo dell'esecuzione della decisione dell'autorità giudiziaria che si pronuncia, entro trenta giorni dalla decisione della domanda o per accordare l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione nei confronti di una persona ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per un reato commesso prima della sua consegna, ovvero per acconsentire alla consegna di una persona a uno Stato membro diverso dallo Stato membro di esecuzione, in forza di un mandato d'arresto europeo emesso per un reato commesso prima della sua consegna.

In particolare, nell'atto di rinvio alla Corte di Lussemburgo il *Conseil constitutionnel* ritiene che dal divieto di impugnazione previsto dal legislatore francese avverso la pronuncia sull'estensione del mandato di arresto europeo possa discendere una violazione del "*principe d'égalité devant la justice et au droit à un recours juridictionnel effectif*". Infine, l'organo costituzionale francese riconosce la Corte di Lussemburgo quale unico organo "*compétent pour se prononcer à titre préjudiciel sur*

⁹ *Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt n° 1087, 19 febbraio 2013.*

¹⁰ In particolare, la "*demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 27, paragraphe 4, et 28, paragraphe 3, sous c), de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO L190, p. 1), telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009*"

une telle question". In tal modo, il Giudice costituzionale rileva un'aporia nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea, tale da arrecare danno alla tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, garantito dalla Corte dei diritti fondamentali (art. 47), dalla CEDU (art. 13) e dal patrimonio costituzionale degli Stati membri.

3.- (segue): la sentenza del 30 maggio 2013 della CGUE e la successiva declaratoria di incostituzionalità del Conseil constitutionnel

Nella sentenza del 30 maggio 2013, *Jeremy F. c/ Premier ministre*¹¹, la Corte di giustizia indipendentemente dalle modalità di attuazione della decisione quadro scelte dagli Stati membri afferma che gli articoli 27 par. 4 e 28, par. 3 della Lett. c) della decisione quadro 2002/584/Gai, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009 in G.U.U.E. non precludono agli Stati membri la possibilità di prevedere un ricorso con effetto sospensivo dell'esecuzione della decisione dell'autorità giudiziaria che si pronuncia entro trenta giorni dalla ricezione della domanda, o per accordare l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione nei confronti di una persona ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per un reato commesso prima della sua consegna diverso da quello per cui è stata consegnata a seguito di un mandato d'arresto europeo, oppure per acconsentire alla consegna di una persona a uno Stato membro diverso dallo Stato membro di esecuzione in forza di un mandato d'arresto europeo a condizione che la decisione definitiva sia adottata entro i termini previsti dall'art. 17 della decisione quadro stessa.

Dopo aver ricordato (punto 34) che la decisione quadro sul MAE sostituisce nei rapporti tra gli Stati dell'Unione il sistema multilaterale di estradizione, per il tramite di una procedura semplificata di consegna fondata sul principio del reciproco riconoscimento, attraverso il richiamo delle sentenze Radu, C-396/11 del 29 gennaio 2013 (punto 33) e Melloni, C-399/11 del 26 febbraio 2013 (punto 36), la Corte, riprendendo in via analogica la giurisprudenza *Aguirre Zaraga* afferma che il predetto

¹¹ CGUE, 30 maggio 2013, *Jeremy F c. Premier Ministre*, aff. C-168-13 PPU.

principio si fonda sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri in ordine al fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti a livello dell'Unione, ed in particolare nella Carta dei diritti fondamentali, onde consentire ai destinatari di un mandato di arresto la possibilità di ricorrere ai mezzi di impugnazione previsti nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di emissione al fine di contestare la legittimità del procedimento che ha condotto all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale (punto 50). I Giudici proseguono (punti 56 - 75) distinguendo tra la perentorietà dei termini di cui all'art. 17 della DQ, relativa all'adozione della decisione definitiva da parte dello Stato e quelli previsti dagli artt. 27, par. 3 e 28, par. 4, lett. c).

Ne deriva, secondo i giudici di Lussemburgo, che tali ultime disposizioni, contrariamente all'art. 17, non impediscono agli Stati membri di legiferare in merito alla proposizione di un ricorso avverso le decisioni sul mandato d'arresto e che, anzi, il secondo comma del *considérant* 12 della decisione quadro non impedisce agli Stati membri di applicare le proprie regole costituzionali relative al rispetto del principio del giusto processo (punto 53).

La Corte risolve pertanto il quesito rispondendo negativamente alla questione pregiudiziale, e statuisce che le disposizioni di cui agli artt. 27 par. 4 e 28, par. 3 Lett. c) della decisione quadro non ostano alla previsione da parte degli Stati membri di un ricorso con effetto sospensivo avverso il provvedimento di estensione del mandato a reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è avvenuta la consegna o di consegna della persona ad uno Stato diverso da quello di esecuzione a seguito di un mandato emesso per un reato anteriore alla sua consegna. Nell'inferire, la Corte sancisce altresì che il margine di manovra riconosciuto agli Stati membri non è privo di limiti, in quanto gli ordinamenti nazionali in ossequio all'obiettivo di accelerazione della cooperazione giudiziaria in materia penale, non possono comunque prevedere per un eventuale ricorso sospensivo nei confronti di un provvedimento reso nell'ambito della procedura del MAE, tempi più lunghi di quelli previsti dall'art. 17 DQ.

Nei passaggi fondamentali della predetta sentenza, i Giudici di Lussemburgo si soffermano in primo luogo sul principio della leale collaborazione tra gli Stati membri.

Il principio di lealtà che si fonda sull'appartenenza volontaria e sulla lealtà tra gli Stati membri concerne molteplici istituti giuridici di matrice europea, come – appunto- le direttive sulla cooperazione giudiziaria (VON BOGDANDY, 2011:100). Proprio sulla base di tale attitudine a permeare le diverse interazioni che si sviluppano tra gli organi dell'Unione europea e le strutture nazionali e in ragione dei suoi effetti volti a conferire unità, tutelando al contempo la diversità derivanti dalle peculiarità ordinamentali, la Corte di giustizia decide di richiamare questo principio nella risoluzione della controversia in oggetto.

Ancora, il principio del reciproco riconoscimento, che viene individuato quale “pietra angolare” in tema di cooperazione giudiziaria comporta, come statuito dalla Corte, ai sensi del suo art. 1, par. 2, l'obbligo per gli Stati membri a dar corso ad un MAE, potendo rifiutarne l'esecuzione solo nei casi tassativamente elencati dagli artt. 3, 4 e 4 bis della decisione quadro, o subordinare la consegna alle condizioni di cui al suo art. 5¹²

Di talché, il *Conseil constitutionnel*, accogliendo l'approdo ermeneutico fornito dalla Corte di Lussemburgo, con la sentenza n. 2013-314 QPC del 14 giugno 2013, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 695-46 c.p.p. c.4, in quanto l'esclusione del diritto del ricorso non è giustificato dall'obiettivo di dare esecuzione alle norme europee¹³

4.- Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel nell'ambito di una “pacification potentielle” dei rapporti interordinamentali

La decisione dell'organo costituzionale francese rappresenta il primo caso di rinvio pregiudiziale effettuato dallo stesso *Conseil* alla Corte di giustizia e, richiamando alcune considerazioni svolte nella fase introduttiva, la pronuncia assume l'importanza di un punto di conferma significativo circa l'evoluzione del sistema costituzionale in tema di rapporti e interazioni dialogiche tra Corti, con precipuo riferimento alla tutela multilivello dei diritti.

¹² Cfr. C-168/13 PPU, punto 36 del cons. in dir.

¹³ Déc. n. 2013-314P QPC, 4 avril 2013.

Nella prospettiva interna all'ordinamento francese, infatti, la decisione rappresenta un importante *révirement*, in quanto il *Conseil*, ancorché nell'ambito di un controllo di costituzionalità in via incidentale, si conforma alla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali che hanno deciso di abbandonare l'atteggiamento di reticenza avverso la collaborazione con la Corte di giustizia, riconoscendo in tale forma di cooperazione di poter riconquistare un ruolo centrale nell'ambito del processo di federalizzazione dell'Unione europea e di rafforzamento della tutela dei diritti (CARTABIA, 2009).

Nel tentativo di procedere con ordine, non può non farsi riferimento, seppur brevemente, al quadro giuridico precedente alla posizione assunta dal giudice francese nella sentenza *de qua*.

Nel percorso di europeizzazione della Carta costituzionale francese e più in generale dell'ordinamento nazionale, il *Conseil constitutionnel* ha sempre svolto un ruolo centrale quale “guardiano d'ingresso” del diritto sovranazionale (COSTANZO, 2009). Come sancito nella celebre sentenza I.V.G. del 15 gennaio 1975, e (quasi)¹⁴ costantemente affermato nella giurisprudenza successiva, il *Conseil* esclude la propria competenza a valutare la conformità delle leggi nazionali ad accordi e trattati internazionali. Dunque, sebbene l'art. 55 conferisse ai trattati internazionali ratificati o approvati una forza giuridica superiore a quella delle leggi, il giudice costituzionale francese non ammetteva che la compatibilità tra le due fonti giuridiche potesse essere oggetto di un sindacato di costituzionalità. Da tali argomentazioni conseguiva che il controllo di compatibilità delle leggi nazionali con le norme di matrice europea doveva essere operato dagli organi giurisdizionali amministrativi ed ordinari, sempre nei limiti del rispetto del nucleo essenziale della Costituzione¹⁵

¹⁴ Ci si intende riferire alla pronuncia 2006-540 DC del 26 luglio 2006, nella quale il *Conseil*, derogando alla giurisprudenza I.V.G., si autoattribuisce la competenza ad accertare, direttamente la costituzionalità del Trattato. Orientamento che, tuttavia, sarà nuovamente riformulato in favore del ritorno al controllo fondato sulla dicotomia *tra controle de conventionnalité e controle de constitutionnalité*, nella decisione 2010-605.

¹⁵ *Conseil constitutionnel, décision n° 74-54 DC, 15 gennaio 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.*

In siffatto contesto, con riferimento alla procedura pregiudiziale, il *Conseil constitutionnel* riconosceva la possibilità del rinvio alla Corte di giustizia in caso di conflitto tra norma di diritto interno e norme di diritto europeo ovvero nell'ipotesi di dubbi sulla compatibilità tra le direttive ed i diritti fondamentali sanciti dagli stessi trattati comunitari, esclusivamente ai giudici nazionali ordinari ed amministrativi; nella sentenza n. 2006/540 DC del 27 luglio 2006, in particolare, la Corte espressamente esclude dalle proprie competenze l'onere di operare il rinvio pregiudiziale.

Tale era quindi lo scenario in vigore sino all'epocale riforma del sistema di giustizia costituzionale francese del 2008 e alla relativa introduzione dell'*exception d'incostitucionalité*, la quale com'è noto, ha avuto un forte impatto anche sui delicati equilibri tra il controllo di costituzionalità, il controllo di convenzionalità e la procedura del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, nonché tra il Consiglio costituzionale e la Corte di giustizia. Più precisamente, l'aspetto di maggiore problematicità risiedeva nell'individuazione dell'ordine di priorità, nel caso di una simultanea questione di costituzionalità e convenzionalità, tra il rinvio, da parte dei giudici nazionali, alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia.

Sul punto è intervenuto, in maniera *tranchant*, il legislatore francese, il quale con l'art. 1 della legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, ha modificato l'art. 23-2¹⁶ della legge organica sul Consiglio costituzionale, sancendo incontrovertibilmente la priorità del giudizio di costituzionalità.

Di conseguenza, la Corte di cassazione non accogliendo di buon grado la novella legislativa, decideva di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel quale adiva il giudice europeo affinché quest'ultimo si pronunciasse sulla compatibilità tra il diritto comunitario e l'intero meccanismo della questione di legittimità costituzionale incidentale¹⁷

¹⁶ L'art. 23-1 recita "*En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et aux libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation*".

¹⁷ La *Cour de cassation* solleva un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con la sent. n. 12003 ND del 16 aprile 2010.

Questa “*guerre des juges*” (MATHIEU, 2010: 1077) veniva “risolta” dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Melki* il 28 giugno 2010¹⁸, nella quale si affermava che “l’art. 267 TFUE osta ad una normativa di uno Stato membro che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l’effetto di impedire a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte”. In tal senso quindi si consentiva ai giudici comuni, in presenza di norme interne antinomiche a norme di diritto sovranazionale e a disposizioni costituzionali di tutela di diritti e libertà fondamentali, di non ricorrere al sindacato di legittimità costituzionale, così come previsto dalla riforma costituzionale del 2008 e dalla legge organica n.2009/1523.

Alla luce del quadro giuridico ivi descritto e focalizzando nuovamente l’attenzione sulla *décision* n. 2013-314P QPC, appare ancor più evidente la portata innovatrice della pronuncia, che sulla scorta delle vicende giurisprudenziali appena indicate, si sarebbe potuta concludere in modo del tutto differente. In tal senso, infatti, alcuni autori hanno rilevato come lo strumento del rinvio pregiudiziale sia stato utilizzato dal giudice costituzionale d’oltralpe quale strumento di “*pacification potentielle des rapports de systèmes*” (MAGNON, 2013: 932): il Consiglio costituzionale francese lascia alla Corte europea la decisione in merito ad un’eventuale violazione all’identità nazionale francese, attraverso l’interpretazione comunitariamente orientata della disposizione, e al contempo, tenta di recuperare quanto perduto nelle precedenti decisioni della Corte europea, in tema di tutela dei diritti fondamentali dinnanzi al diritto dell’Unione europea. Il ricorso al meccanismo del rinvio pregiudiziale e dei relativi peculiari elementi cooperativi e unificanti tra la Corte di giustizia e quella dei giudici nazionali competenti, infatti, non solo rafforza la posizione di controllo giurisdizionale dell’Unione europea, bensì comporta la giuridicizzazione e la costituzionalizzazione del processo di integrazione europea. Più precisamente, la debolezza strutturale del giudizio di sindacabilità sovranazionale può essere superato

¹⁸ CGUE, Grande sezione, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*.

in virtù del forte collegamento tra l'interpretazione giuridica della Corte di giustizia e l'attività ermeneutica delle Corti nazionali competenti a decidere (VON BOGDANDY, 2011: 76).

Orbene, in questo senso, il *Conseil*, rifuggendo da possibili e potenziali *blocages* tra i differenti livelli ordinamentali nell'applicazione del diritto sovranazionale, mostra di accogliere una soluzione informata alla ricerca di equilibrio ed armonia con la giurisprudenza europea. Inoltre, poiché la Corte di giustizia non interviene esplicitamente ma lascia allo Stato membro un margine di manovra alquanto ampio, *il Conseil constitutionnel*, attraverso l'attivazione della procedura pregiudiziale, riesce comunque e strategicamente a mantenere saldo il proprio ruolo di custode della Costituzione, apportando una protezione più ampia al diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo (DEROSIER, 2014).

5.- Considerazioni conclusive

La Sentenza del 4 aprile 2013 del Consiglio costituzionale francese, quindi, segna una tappa importante nell'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale d'oltralpe *vis-à-vis* il processo di integrazione europea. In tal modo, il *Conseil* amplia in modo sempre più incisivo e allineandosi alla tendenza comune agli altri sistemi di giustizia costituzionale europea (CALAMO SPECCHIA, 2011) gli strumenti a sua disposizione per poter esercitare appieno il ruolo di "guardiano", nei confronti del diritto di natura europea e nell'ambito delle relazioni interordinamentali, confermandosi così lo stretto e costante legame che ha caratterizzato la storia costituzionale francese circa l'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale, i rapporti tra le Corti ed il principio del primato del diritto dell'Unione europea.

La suddetta pronuncia e il concreto dialogo tra le Corti che ne consegue si inseriscono nell'esercizio della funzione di garanzia dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia degli Stati membri dell'Unione europea, in quanto concernenti uno strumento legislativo quale il meccanismo di cooperazione previsto dal MAE, ad alto impatto sulla sfera dei diritti della persona. Proprio per questa

ragione e come testimoniano le sentenze *Melloni*¹⁹ e *Radu*²⁰ le Corti nazionali competenti e chiamate ad interpretare la legge nazionale di attuazione hanno attivamente deciso di cooperare e collaborare con l'organo europeo, in ragione della delicatezza della materia che incide sui diritti fondamentali dell'individuo (MARIN, 2013: 658). Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nelle decisioni *Melloni* e *Radu*, anch'esse concernenti i rapporti tra il sistema del mandato d'arresto europeo e la garanzia e tutela dei diritti fondamentali, ma la cui fattispecie era regolata in modo esaustivo dalla legislazione nazionale, la normativa francese oggetto della sentenza *Jeremy F* non risultava essere adeguatamente disciplinata. Infatti, la legge nazionale di trasposizione ed attuazione della decisione quadro prima della pronuncia di incostituzionalità omettendo di prevedere il ricorso sospensivo, non assicurava il diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dall'art. 13 della CEDU, nonché dal patrimonio costituzionale degli Stati membri.

In tale scenario, l'interazione dialogica tra la Corti nel sistema pluralistico di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, quale emerge dalla disamina del caso di specie, assume un ruolo ancor più rilevante in quanto si innesta nella cooperazione diretta tra i due organi volta ad assicurare in materia un elevato standard di tutela dei diritti fondamentali della persona. Nella sentenza presa in esame, il dialogo tra le Corti così ordinato ha dato prova di poter determinare un cambiamento nell'ambito delle modalità con le quali il *Conseil constitutionnel* e la Corte europea concorrono nell'esercizio della funzione di garanzia dei diritti, proprio in ragione dell'invasività nella sfera dei diritti fondamentali che può derivare dalle funzioni di mantenimento della sicurezza, dell'ordine pubblico e della lotta al crimine, caratterizzanti le politiche dello spazio di Libertà, sicurezza e giustizia.

In conclusione, tuttavia, posta l'indubbia rilevanza del "passo in avanti" compiuto nell'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale francese, occorrerà comunque attendere le future posizioni che gli organi legislativi e le giurisdizioni

¹⁹ CGUE, Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministerio Fiscal.

²⁰ CGUE, Grande sezione, 29 gennaio 2013, causa C-396/11, Radu.

nazionali ed europee assumeranno, onde comprendere se e in che misura possa realizzarsi una armonizzazione dei sistemi di protezione dei diritti dell'individuo e dei principi fondamentali tra le identità dei singoli Stati membri e le garanzie sovranazionali offerte nel contesto regionale europeo, rappresentabile in quella che è stata definita una situazione di "pluralismo ordinato" (DELMAS-MARTY, 2004).

Non può non rilevarsi, infatti, che l'equilibrio che ha contraddistinto la decisione in oggetto sia stato raggiunto grazie alla volontà di cooperazione e alla convergenza ermeneutica posta in essere dai due organi giurisdizionali. In altre parole, al fine di comprendere se tale equilibrio rappresenti un *unicum* giurisprudenziale (SENAC, 2013) nel percorso di rafforzamento dell'unione politica e giuridica europea, la cui stabilità possa essere minacciata da possibili divergenze interpretative tra le Corti nazionali ed europea, ovvero da conflitti tra le giurisdizioni interne, non resta che attendere altre pronunce di siffatta portata, dalle quali cioè possano discendere profili di riconoscimento e tutela dei diritti nell'ambito delle politiche dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Riferimenti bibliografici

BONNET B. (2013). "Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes", in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Settembre-October, n° 5, p. 1229-1250;

CALAMO SPECCHIA, M. (2011). "La giustizia costituzionale, un sistema atipico in un ordinamento democratico? Spunti di riflessione sul tema del ruolo delle Corti nei sistemi costituzionali aperti", in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano: Giuffrè.

CARTABIA M. (2009). "Europe and rights: taking dialogue seriously", in *European Constitutional Law Review*, p.5 ss.

COSTANZO P. (2009). *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino: Giappichelli.

COUTRON L. e GAHDOUN P. (2013). "Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne: une innovation aux implications incertaines", in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, n.5, p.1208-1228.

DE AMICIS G. e IUZZOLINO G. (2008). *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano: Giuffrè.

DELMAS-MARTY M. (2004). *Studi giuridici comparati ed internazionalizzazione del diritto*, Torino: Giappichelli.

DEROSIER J. (2014). "Hors-piste constitutionnel. Quand le Conseil constitutionnel décide de poser une question préjudicielle à la CJUE", in *Percorsi costituzionali*, n.1, p. 221-236.

CIVELLO CONIGLIARO S. e LO FORTE S. (2013). "Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea", in *www.penalecontemporaneo.it*, p.3.

LABAYLE H. e MEHDI R. (2013). "Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrest européen et le renvoi préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne", in *Revue Française de Droit administratif*, n.3.

MAGNON X. (2013). "La révolution continue: le Conseil constitutionnel est une juridiction.. au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne", in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 96. p. 917-940.

MARIN L. (2013). "Il mandato d'arresto europeo alla prova del dialogo tra Conseil constitutionnel e Corte di giustizia", in *Quaderni costituzionali*, n.3, p.656-660.

MATHIEU B. (2010). "La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n. 2010.605DC du Conseil constitutionnel", in *Semaine juridique*, Edition générale.

ROVAGNATI A. (2010). "Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese", in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

ROVAGNATI A. (2013). "Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel", in *Quaderni costituzionale*, n.3, p.641-644.

SENAC C.E. (2013). "Le Conseil constitutionnel pose une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg", in *Revue general du droit*.

VON BOGDANDY A. (2011), *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale scientifica, p.100.

**C) LA TUTELA DE DERECHOS: PROBLEMAS
CONCRETOS**

C) LA TUTELA DEI DIRITTI: CASI E PROBLEMI

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS ESTÁNDARES EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano*

*Departamento de Derecho Constitucional.
Universidad de Sevilla.*

Sumario:

- 1.-Introducción: Tribunal de Justicia y estándares de protección de los derechos fundamentales.
 - 2.-El Tribunal de Justicia y los derechos de la personalidad.
 - 2.1.- Jurisdicción y protección del honor: Shevill.
 - 2.2.-Jurisdicción, honor, intimidad y propia imagen en internet: eDate Advertising y Olivier Martínez.
 - 3.-El Tribunal de Justicia y la protección de datos de carácter personal.
 - 3.1.-Publicidad incontestada de datos personales: Lindqvist y Satakunnan.
 - 3.2.- Reputación y olvido digital: Google Spain.
 - 4.-Tres concisas conclusiones.
- Referencias bibliográficas.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH" (DER2013-41303-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Resumen en español

El Tribunal de Justicia y los estándares europeos de protección de los derechos de la personalidad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene un papel protagonista en la concreción de los derechos fundamentales en tanto límites al ejercicio del poder por parte de las instituciones europeas. Pero no solo eso: como garante de la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, el juez europeo perfila cómo los derechos fundamentales se proyectan en la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros. En estos contextos, la protección de los derechos de la personalidad –honor, intimidad, propia imagen o protección de datos– frente al uso de las nuevas tecnologías, y frente a la libre circulación del discurso en internet, es un interesante campo de análisis. Por una parte, la transmisión de contenidos a través de la red es un campo minado para el conflicto entre libertades de comunicación pública y derechos de la personalidad más allá de las fronteras nacionales. Por eso es necesario que en el espacio europeo haya estándares comunes para la ponderación de derechos y la resolución de conflictos. Por otra parte, la existencia de regulaciones europeas que afectan o desarrollan elementos de esos derechos convierte a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en parámetro básico para esos estándares comunes de protección. El presente trabajo se propone escrutar las sentencias relevantes del Tribunal de Justicia en relación con los derechos de la personalidad en el discurso, con el fin de demostrar cómo en las mismas se esbozan criterios básicos comunes de protección de los derechos de la personalidad y para la ponderación que los mismos requieren.

Abstract in italiano

La Corte di Giustizia e gli standard europei di protezione dei “diritti della personalità”.

La Corte di giustizia dell’Unione Europea ha un ruolo chiave nella definizione dei diritti fondamentali come limite all’azione delle istituzioni europee. Ma non è tutto: come garante dell’uniforme applicazione del diritto europeo la Corte di Giustizia evidenzia come i diritti fondamentali debbano essere rispettati dagli Stati Membri allorché applicano il diritto dell’Unione. In tale contesto, la protezione dei diritti della personalità – onore, privacy, immagine e riservatezza – in rapporto all’uso delle nuove tecnologie, e alla libera manifestazione del pensiero in internet, è un campo di indagine interessante. Da un lato, la trasmissione di contenuti attraverso la rete è un campo minato per il conflitto tra la libertà di comunicazione pubblica e i diritti della personalità oltre i confini nazionali, e, di conseguenza, è necessario che nello spazio europeo ci siano degli standard comuni di protezione per tali diritti. Sotto diverso

profilo, esistono normative europee che incidono o sviluppano aspetti inerenti tali diritti. Ed è per questo motivo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia è una è una fonte fondamentale per la definizione di tali standard comuni. Il presente lavoro si propone di analizzare le decisioni più rilevanti della Corte di Giustizia in relazione ai diritti della personalità, al fine di dimostrare come nella giurisprudenza si delineino criteri comuni di protezione di tali diritti e elementi utili per il loro bilanciamento.

Abstract in English

The European Court of Justice and the European standards of protection for privacy, reputation and personal data

The European Court of Justice has a leading role in the definition of the fundamental rights as limits for the action of the European institutions. But that is not all: as the guarantor of the uniformity in the application of European law, the ECJ outlines how the fundamental rights must be observed by the Member States when they apply EU law. In such a context, the protection of personal reputation, privacy, image or personal data against the new technologies, and how free speech rules function on the internet, is a very interesting topic to analyse. On the one hand, on line content transmission is an undermined field for conflicts between freedom of speech, public communication and reputation, privacy or personal data. This fact makes it necessary to define common standards of protection for such rights. On the other hand, there are European regulations that affect or develop basic features of privacy, reputation or personal data. That is why ECJ case law is a basic source for the clarification of those common standards. This article analyses the most relevant ECJ rulings related to privacy, reputation and personal data against free speech. Its purpose is to show how those rulings outline some elementary basic criteria for the protection of such rights and for the previous balancing that must be done before deciding which one is preferent in each case.

1.-Introducción: Tribunal de Justicia y estándares de protección de los derechos fundamentales

Como último intérprete y guardián del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia tiene una función básica en la concreción de los estándares de protección de los derechos fundamentales en ese ámbito supranacional. En tal sentido, la función del TJ es ambivalente, pues los derechos fundamentales son límites al ejercicio del poder por parte de las instituciones europeas, pero también límites a la actuación de los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión, según reza el artículo 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales. En ese segundo contexto la comprensión de los derechos por parte del TJ se solapa con las que recogen las constituciones estatales y son perfiladas por sus jurisdicciones constitucionales y es ahí donde el juez de Luxemburgo vela por la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, mientras que los Estados miembros se reservan la posibilidad de oponer elementos *iusfundamentales* propios de su identidad constitucional. No otro era el problema planteado en el asunto *Melloni* y no otra la enseñanza que se saca al comparar la sentencia del Tribunal de Justicia en dicho asunto y la correspondiente del Tribunal Constitucional español, con su última palabra al respecto.

En efecto, llevamos bastante tiempo asistiendo a un diálogo intermitentemente continuo entre la jurisdicción del TJ y las jurisdicciones constitucionales estatales, un diálogo sobre los límites al ejercicio del poder de la Unión, definidos por sus propias competencias y por los contralímites de las constituciones estatales (VERGOTTINI, 2010: 70-71), y un diálogo cuyo potencial conciliador aún no ha sido completamente explotado (CRUZ VILLALÓN, 2004: 79). Desde los años setenta, con *Stauder e Internationale Handelsgesellschaft*, la jurisprudencia del TJ adoptó a los derechos fundamentales como objetos de protección propios, que se integraban en el Derecho de la Unión a través de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en gran parte como respuesta a la ofensiva de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano en *Solange* y *Granital*. Pero en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre los derechos fundamentales hay un factor diferencial, y es que la dimensión económica y técnica que singulariza al

Derecho de la Unión, basado en objetivos de mercado, tiene una gran influencia en la interpretación de controversias supranacionales con incidencia *iusfundamental*. Esta realidad ha determinado singulares líneas de interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia. Al menos, podemos identificar tres: una de no contradicción con las tradiciones comunes de los Estados miembros, que asume como propios los parámetros constitucionales estatales¹; otra que perfila ciertos derechos en un sentido particular europeo, diferenciándose así el TJ de la comprensión constitucional aportada por el Estado miembro²; otra que pasa por alto las alegaciones referidas a problemas *iusfundamentales* si el conflicto puede resolverse apelando a los objetivos económicos de las competencias europeas³. La entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2009 consolida la posición preeminente que el TJ había dado a los derechos, pero también les confiere una nueva identidad, europea, en tanto que ya son también normas positivas de Derecho europeo.

En torno a estos procesos de incorporación intertextual y diálogo jurisdiccional sobre el alcance de los derechos fundamentales, este trabajo se detiene en el análisis de los estándares definidos por el TJ para la protección de los derechos de la personalidad. Se incluyen como tales los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y se añade el de protección de datos de carácter personal, en un reflejo de nuestra propia Constitución. Hay dos motivos metodológicos para elegir estos derechos. El primero es que los derechos de la personalidad sirven para indagar en la hipótesis de partida, el protagonismo del TJ en la definición de los estándares de protección de los derechos fundamentales en el ámbito supranacional,

¹ Podrían ser los ejemplos clásicos de *Stauder e Internationale Handelsgesellschaft*. Véanse los razonamientos de las resoluciones: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de noviembre de 1969, asunto C-29/69, *Stauder*, Rec. 1969, p. 00419; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, p. 01125.

² Sin ir más lejos, la Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Melloni*, pendiente de incluir en el recopilatorio; o la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, *Rosado Santana*, Rec. 2011 I-07907.

³ Claramente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan*, Rec. 1991, p. I-04685.

pero lo hacen con un objeto focalizado y eso hace factible llegar a conclusiones útiles en pocas páginas. El otro motivo es que los de la personalidad son derechos propios de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que han adquirido una dimensión supranacional evidente. Por un lado, las nuevas tecnologías de la comunicación se han convertido en un campo minado para el conflicto entre las libertades de comunicación pública y los derechos de la personalidad más allá de las fronteras estatales (KELLER, 2011; POST, 2009)⁴. Por otro lado, mientras en el territorio de la Unión las fronteras de la comunicación pública se desdibujan a causa del hecho tecnológico, las fronteras jurisdiccionales lo hacen gracias a la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el reconocimiento mutuo de sentencias y la aproximación de legislaciones. Por último, la existencia de una regulación europea común del derecho a la protección de datos de carácter personal, actualmente la directiva de protección de datos y, en proyecto, el reglamento de idéntico título, hace de la jurisprudencia del TJ un referente básico para la comprensión de este derecho, reconocido en parte como un derecho autónomo, pero construido con un carácter instrumental evidente para la protección de los otros derechos e intereses, entre ellos los derechos sustantivos de la personalidad (GUICHOT REINA, 2005: 164).

Finalizada la introducción, procede dar paso al escrutinio de algunas sentencias relevantes del TJ relacionadas con ambas problemáticas, la transnacionalidad de la comunicación pública frente a los derechos de la personalidad y la protección de datos.

⁴ Antes de la revolución de las tecnologías de la información “las barreras prácticas para importar y distribuir localmente cualquier trabajo impreso en cantidad daba a los estados una amplia oportunidad efectiva para limitar la influencia de las publicaciones extranjeras sobre el entorno de la comunicación pública”. Por otra parte, los conflictos interestatales en relación con la radio y la televisión por ondas tuvieron un tratamiento interestatal y dieron lugar a la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, del mismo modo que a sucesivas generaciones de convenios de la UIT en los que los estados soberanos llegaron a acuerdos sobre estas cuestiones. Como consecuencia, puede afirmarse que hasta el momento un estado podía “imponer restricciones sobre los medios de comunicación para proteger otro derecho fundamental que estuviera en tensión directa con la libertad de expresión” o incluso para proteger la seguridad nacional o el orden público. Esto ha cambiado con internet. (KELLER, 2011: 227, 231 y 84). Por su parte, David Post expone que “el ordenamiento jurídico internacional está fundado, en su base, en la existencia de un reconocimiento mutuo de las fronteras físicas que separan las comunidades legislativas soberanas e independientes –los estados nacionales- unas de otras. Estas fronteras importan en ese ordenamiento y hacen una función esencial. Pero en la red, la información se mueve de maneras que parecen prestar poca atención a esas fronteras, y proyectarlas sobre la actividad de la red es un reto profundamente difícil” (Post, 2009: 163).

2.-El Tribunal de Justicia y los derechos de la personalidad

Antes de nada, una precisión es necesaria sobre la posición del TJ en asuntos relativos a la protección jurisdiccional de los derechos de la personalidad. Y es necesaria porque en tales casos la visión del Tribunal de Justicia no es la de un juez que ampara a un particular por la lesión de un derecho fundamental. La cuestión prejudicial no es un recurso de amparo, ni siquiera indirecto. Pero es que, además, los conflictos que vamos a exponer no se refieren a aspectos sustantivos de los derechos de la personalidad, sino a la competencia de los jueces estatales para protegerlos cuando la publicación ofensiva tiene su origen en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que se interpone la reclamación judicial. Son controversias más afines al Derecho Internacional Privado que al Derecho Constitucional, pues versan sobre la apropiada aplicación de las normas de conflicto contenidas en el reglamento 44/2001, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones civiles y mercantiles⁵. Ese reglamento establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en el lugar donde se haya producido el hecho dañoso cuando se trate de materia delictual o *cuasidelictual*, como excepción a la general de que las demandas han de presentarse en el Estado donde tenga el domicilio el demandado. Por tanto, la perspectiva sustantiva, la de la interpretación de los derechos, es un tema tangencial. Eso sí, la determinación de una jurisdicción estatal, y no de otra, como jurisdicción competente afecta a la comprensión del derecho fundamental. La interpretación del mismo tendrá los matices propios de los factores socioculturales, históricos y constitucionales que enmarquen de forma habitual su comprensión en cada Estado. Y también se verán afectados por requisitos procesales que privilegien bien su protección, bien su puesta en cuestión⁶.

⁵ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

⁶ Como se pone de manifiesto en los casos conocidos como *libel tourism* (turismo por libelo), que ponen de manifiesto que las diferencias procesales y sustantivas de una jurisdicción frente a otra determinan una elección estratégica del fuero.

2.1.-Jurisdicción y protección del honor: Shevill⁷

Este caso se remonta a 1995 y a una sentencia en la que el Tribunal de Justicia determinó que cuando se tratara de publicaciones difundidas en varios Estados miembros, distintos de aquel donde estuviere establecido el editor, el daño sobre los derechos de la personalidad y los intereses del ofendido se entendería producido bien donde se hubiera dado el hecho causal, bien donde se hubiera concretado el daño efectivo. El TJ estableció así que una víctima de difamación, en este caso la señora *Shevill*, de nacionalidad y residencia británica, podía presentar su reclamación bien en el Estado miembro donde tuviera su establecimiento el editor, en este caso Francia, bien en cada Estado miembro donde la publicación hubiera sido difundida con consecuencias lesivas para la reputación del ofendido. Para la señora *Shevill* era el fuero idóneo era el de Reino Unido, donde la presunción de daño por difamación la eximía de tener que aportar prueba de los efectos lesivos de la publicación difamatoria. Esta solución ha sido analizada en la doctrina del Derecho Internacional Privado (DE MIGUEL ASENSIO, 2012; TORRALBA MENDIOLA, 2012; LORENTE MARTÍNEZ, 2012), y en ese ámbito ha recibido críticas por su escasa operatividad y por sus problemas de incertidumbre (TORRALBA MENDIOLA, 2012: 14). Desde el Derecho Constitucional, la elección de fuero supone también la elección de un determinado concepto sustantivo de los derechos en conflicto y de unos determinados criterios de ponderación, que dependen, de entrada, de las jurisdicciones constitucionales estatales. En el asunto *Shevill*, como se ha explicado, la jurisdicción de los tribunales ingleses era más beneficiosa para la protección de la reputación de la ofendida. Probar los efectos dañinos para la reputación de la ofendida en Francia, un país donde no había residido nada más que tres meses y donde la distribución de la publicación lesiva había sido mucho más voluminosa, hubiera cambiado de forma radical la ponderación de los derechos y, por tanto, la resolución del conflicto.

2.2.-Jurisdicción, honor, intimidad y propia imagen en internet: eDate Advertising y Olivier Martínez⁸

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 1994, asunto C-68/93, *Shevill* y otros, *Rec. 1995*, p. I-415.

En los asuntos acumulados *eDate Advertising* y *Olivier Martínez*, sentenciados en 2011, al mismo reglamento se les une la directiva sobre comercio electrónico. En el primer caso, *eDate*, un ciudadano alemán pide a los tribunales de ese país una acción de cesación contra un portal austriaco de internet, que publicó hasta 2007 información de 1999 sobre la condena judicial impuesta a dicho ciudadano por el asesinato de un conocido actor. Se trataba de una especie de reclamación del *derecho al olvido digital*. En el segundo caso, el también actor Olivier Martínez demanda en París a la empresa británica editora del *Sunday Mirror* a causa de una información aparecida en la edición digital del medio. En la misma se daban detalles sobre su posible reconciliación sentimental con la cantante australiana Kylie Minogue. La demanda se presenta en París, donde reside el actor, alegando vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Pues bien, el *Bundesgerichtshof*, en el primer caso, y el *Tribunal de Grande Instance*, en el segundo, quieren confirmar su competencia para conocer de una lesión de los derechos de la personalidad cometida a través de internet desde otro Estado miembro de la Unión. Si en *Shevill* se habían decidido reglas para publicaciones convencionales, ahora se trataba de ver en qué medida eran aplicables a las publicaciones en la red, donde no es tan sencillo determinar dónde se produce el hecho lesivo: ¿en cualquier lugar donde pueda consultarse la página web?; ¿donde exista una vinculación sustancial entre el hecho lesivo y el territorio estatal? Y, entonces, ¿cómo se deduce dicha vinculación: del volumen de conexiones, de la residencia o nacionalidad de la persona ofendida, de la lengua en la que se difunde la información, del lugar donde ocurrieron los hechos objeto del relato publicado?⁹ A juicio del TJ, la jurisprudencia *Shevill* no resultaba del todo apropiada para internet, pues la ubicuidad de los contenidos complicaba, y encarecía, la solución de tantas demandas como lugares de daño efectivo¹⁰. Tratándose de internet, la difusión de

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09, *eDate Advertising*, y C-161/10, *Olivier Martínez*, *Rec. 2011*, p. 0000. En adelante: Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*.

⁹ Sentencia e Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, párrafo 29.

¹⁰ No toma en consideración el juez europeo considere el principio de neutralidad tecnológica, que se proyectaría sobre los conflictos en torno al contenido de la comunicación pública, independientemente

contenidos lesivos, y sus consecuencias, habían de tener un tratamiento específico, distinto del dado a los medios de comunicación convencionales¹¹. Así, el TJ fijó un nuevo foro para internet en el que era posible reclamar la totalidad del daño: el lugar donde la víctima tuviera su *centro de intereses*. Tal *centro de intereses* sería el lugar de su residencia habitual o aquel en el que ejerciera su actividad profesional¹². Para el juez europeo esta opción daba previsibilidad a las normas de competencia, pues el responsable de la publicación en internet podría saber, antes de la difusión, dónde podría ser potencialmente demandado¹³. Tal solución, sin embargo, puede permitir al demandante elegir, entre varios, aquel fuero en el que las leyes sustantivas o procesales sean más favorables a sus intereses. Un centro de intereses para las personas cuya profesión se *ejerce* en muchos sitios, como es el caso de actores, cantantes y personas de prestigio social, o que tienen más de una residencia, ninguna de ellas del todo habitual, también propicia una elección especulativa del fuero.

Quizás por eso el *Bundesgerichtshof* planteó otra cuestión sobre la aplicabilidad de la directiva sobre comercio electrónico¹⁴. En su artículo 3, la directiva determinaba que en el ámbito del derecho civil, y para los servicios de la sociedad de la información, sería aplicable el Derecho del país de origen del prestador del servicio. En aquella situación ese país era Austria, donde se contemplaba la posibilidad de conceder una acción de cesación a solicitud del ofendido, que no era posible en Alemania, todo lo cual tenía una incidencia clara sobre el ejercicio de las libertades de comunicación pública del editor. Con todo ello, el TJ afirmó que la directiva no era una norma de conflicto de leyes, pero sí impedía que el prestador de servicios austriaco tuviera que

del canal de difusión. (ALONSO ESPINOSA, 2009: 35). Sobre el debate en torno a la neutralidad tecnológica en Estados Unidos (PACKARD, 2010: 69).

¹¹ “La difusión de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquella persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Estos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control”. Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, párrafo 45. Se discute en DE MIGUEL ASENSIO (2012: 8-9).

¹² Sentencia e Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, párrafos 48 y 49.

¹³ Sentencia e Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, párrafo 50.

¹⁴ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO 2000, L 178, p. 1).

sujetarse a requisitos más estrictos en Alemania que los prestadores de servicios autóctonos. Otra interpretación entorpecería el objetivo de la directiva, que es asegurar la libre prestación de servicios del comercio electrónico¹⁵. En el caso *eDate*, la respuesta del TJ favorecía a las libertades de comunicación transnacionales del editor *on line* frente a los derechos de la personalidad del ofendido (DE MIGUEL ASENSIO, 2012: 11). Y era así por más que la insistente alusión a los objetivos del mercado interior descolorara la dimensión *iusfundamental* y la ponderación de derechos latentes¹⁶.

Las implicaciones *iusfundamentales* de esta sentencia, en especial para el balance entre derechos de la personalidad y libertades informativas, se presentaban de forma más clara en las conclusiones previas del Abogado General, Cruz Villalón, que proponía un fuero para internet determinado no por el *centro de intereses* del ofendido, sino por el *centro de gravedad del conflicto*: “aquel donde una jurisdicción puede efectuar, en las condiciones más favorables, el enjuiciamiento de un conflicto entre la libertad informativa y el derecho a la propia imagen. Esta circunstancia se produce en el Estado donde se *visualice* o manifieste con mayor intensidad la potencialidad de un atentado al derecho a la propia reputación o intimidad y el valor inherente a la comunicación de una determinada información u opinión, según el caso. Será en dicho Estado donde el titular del derecho de la personalidad sufrirá en su caso una lesión en su más amplia extensión e intensidad. Igualmente, y esto es sin duda importante desde el punto de vista de la seguridad jurídica, será el territorio donde el medio habría podido prever que dicha lesión pudiera eventualmente producirse, y en consecuencia, que exista el riesgo de ser allí demandado. En estos términos, el centro de gravedad será aquel donde la jurisdicción se encuentra en la situación más

¹⁵ Acababa sugiriendo el TJ que, en la transposición de la directiva, el legislador de cada Estado tendría que poner los medios adecuados para no entorpecer la libertad de prestación de servicios. Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, párrafos 61 y ss.

¹⁶ Las implicaciones *iusfundamentales* de la sentencia se completan con la discusión, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, sobre la supresión o mantenimiento para el ámbito europeo del *exequátur* en resoluciones sobre difamación, privacidad y similares (TORRALBA MENDIOLA, 2012: 6). Se sigue discutiendo sobre la exclusión de las obligaciones extracontractuales derivadas de las violaciones de la intimidad, de los derechos de la personalidad o en materia de difamación de la aplicación del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), (DO 2007, L 199, p. 40/49).

ventajosa en orden a permitir una aprehensión integral del conflicto entre los intereses en juego”¹⁷.

El hecho de que la sentencia se inclinara por el *centro de intereses* del ofendido, en lugar de por el *centro de gravedad*, no se debe a que el TJ ignorara la relevancia constitucional de los asuntos, sino a los mecanismos propios de la interpretación jurídica del TJ, guiados por el criterio teleológico, es decir, por la fidelidad a los objetivos del Derecho europeo. El reglamento aplicable establece normas de conflicto en asuntos civiles y mercantiles, de las que no se presume la relevancia *iusfundamental*. El objetivo de la directiva, también aplicable, es regular un ámbito coordinado de los Estados miembros para actividades de prestación de servicios relativos al comercio electrónico. Los derechos fundamentales no son ámbitos de competencia de la Unión, luego no guían la interpretación del TJ y solo funcionan como límites¹⁸. Aun sí, al determinar cuestiones relativas a la jurisdicción y a la aplicación de normas sustantivas de según qué Estado, el TJ está incidiendo sobre las reglas de protección de esos derechos¹⁹.

¹⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, párrafo 58.

¹⁸ Si para la determinación del fuero se hubiera optado por tomar en consideración no solo los aspectos relacionados con el ofendido, sino también las circunstancias de la publicación potencialmente lesiva, quizás se hubieran introducido algunas como estas: posibilidad de consultar el sitio virtual en el territorio donde se va a interponer la demanda; vinculación suficiente medida por el volumen absoluto o ponderado de las conexiones a la página web; conexión con el daño, vinculada a la lengua en la que se difunda la información controvertida y su conexión con un territorio determinado; coincidencia del fuero con el lugar donde ocurrieron de los hechos narrados o donde las fotos fueron tomadas... Todas estas alternativas, sugeridas por el *Tribunal de Grande Instance*, recogidas por el Abogado General en su propuesta sobre el *centro de gravedad del conflicto*, pero no por el Tribunal de Justicia, hubieran introducido elementos relativos a la ponderación de los derechos en la predeterminación de la jurisdicción y su empleo parece más complejo, pero no menos viable que el de los *centros de intereses*. En el balance entre las libertades de comunicación y los derechos de la personalidad, esos elementos hubieran sido significativos, pero en una cuestión de determinación de responsabilidades extracontractuales parece pesar más, al menos para el TJ, el lugar donde esté el ofendido y la posibilidad de reclamar la totalidad del daño.

¹⁹ En otro orden de cosas, junto a ese nuevo fuero del *centro de intereses* del ofendido, el TJ mantiene para internet el fuero múltiple y posibilista del asunto *Shevill*, que permite reclamar ante los tribunales de “cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en internet sea, o haya sido, accesible”. Esos tribunales, eso sí, serían solo competentes para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro en el que se haya reclamado (Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, apartado 1 del fallo).

3.-El Tribunal de Justicia y la protección de datos de carácter personal

A diferencia de los asuntos referidos en el epígrafe anterior, la manera que el TJ tiene de abordar la interpretación de los conflictos relativos protección de datos y su difusión a través de internet sí tiene un carácter sustantivo. Por el contrario, y al igual que ocurre con las sentencias sobre reputación o intimidad, el TJ establece criterios de ponderación de derechos, quizás, eso sí, bastante más claros. Esa mayor claridad se debe, cómo no, al hecho de que los mismos están prefigurados en la directiva de protección de datos, así como lo está la propia comprensión *iusfundamental* del *habeas data*. Por fin, el tratamiento que se hace del derecho a la protección de datos incluye en muchas ocasiones contenidos sustantivos de la intimidad y el honor, confirmando la afinidad e instrumentalidad del primero respecto a los segundos.

3.1.-Publicidad inconsentida de datos personales: Lindqvist y Satakunnan²⁰

El asunto *Lindqvist* nos lleva a Suecia, donde una catequista sueca cuelga en la página web de su parroquia, enlazada a la de la Iglesia sueca, información personal relativa a los distintos catequistas que colaboraban con ella. Su intención era facilitar las inscripciones de los catecúmenos y la organización de las actividades propias de la formación de los mismos. La señora Lindqvist fue denunciada por sus correligionarios y se le impuso una sanción por haber publicado aquella información sin consentimiento de los titulares de los datos. El Tribunal de Justicia consideró expresamente que el asunto requería una ponderación entre libertad de expresión, la de la señora Lindqvist, y la tutela de la intimidad de las personas que esta incluía en la página web. Al ser un tratamiento de datos inconsentido, y al ser datos referidos a la religión, especialmente protegidos por la directiva, la balanza tenía ya una inclinación. En este sentido, a diferencia de lo ocurrido con los asuntos analizados en el apartado anterior, el TJ no considera la ausencia de dimensión económica del asunto, pues se trata de una actividad particular, y sí los objetivos de la directiva (GERRERO PICÓ, 2005:

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en el asunto C-101/01, *Lindqvist*, Rec. 2003, p. I-12971. Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008 en el asunto C-73/07, *Satakunnan*, Rec. 2008, p. I-09831.

300). En el asunto *Satakunnan*, C-73/07, la publicación controvertida se refiere a información fiscal de varias personas aparecida en el diario finlandés *Veropörssi*. Para el TJ, de nuevo, la ponderación entre libertades de comunicación pública y protección de datos es el centro del conflicto y la transmisión de datos con fines exclusivamente periodísticos, aun realizadas con ánimo de lucro, puede encuadrarse en las excepciones y exenciones potenciales contempladas en el artículo artículo 9 de la directiva de protección de datos. Por último, afirma el TJ que la transmisión de información de interés público se considera efectuada con fines periodísticos independientemente del soporte, incluido internet, por el que se transmita. En este asunto, la *sensibilidad* de los datos es menor, al no estar trazada en la directiva, por lo que la balanza, en su inclinación, va en sentido distinto que en el caso anterior.

3.2.-Reputación y olvido digital: Google Spain²¹

Para finalizar, la cuestión remitida por la Audiencia Nacional *Google Spain*, tiene un desarrollo sustantivo interesante de la relación entre protección de datos y protección de la reputación. La Agencia Española de Protección de Datos recibe una reclamación de Mario Costeja contra Google y contra un diario nacional con edición digital. Según Costeja, cada vez que alguien introducía su nombre en el motor de búsqueda Google hacía accesible una información relativa a su persona, que había sido publicada en el referido diario en 1998 y que lo señalaba como protagonista de una subasta de muebles derivada de un embargo por deudas. El mantenimiento de esa información en la red constituía para Costeja una lesión de su derecho a la autodeterminación informativa y de su reputación actual, pues la deuda estaba liquidada hacía tiempo. La AEPD desestimó la reclamación contra la editorial del diario, pues al tratarse de prensa institucionalizada la publicación de la noticia tenía una justificación legal. Sin embargo sí estimó la reclamación contra el motor de búsqueda, instándole a adoptar las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos. Como consecuencia de tal

²¹ Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, *Google Spain*, pendiente de incluir en el recopilatorio.

resolución, *Google Spain* interpuso el recurso administrativo que acabó como cuestión prejudicial ante el TJUE.

Las conclusiones sobre el caso del abogado general Niilo Jääskinen apuntaban interesantes líneas en relación con la interpretación de los derechos en conflicto²². Sostenían, por un lado, que el motor de búsqueda perseguía intereses legítimos amparados por la libertad de expresión y de información cuando hacía accesibles contenidos a los ciudadanos (GUICHOT REINA, 2012: 139)²³. Por otro lado, explicaban que la imposición de límites por parte de la Unión Europea dentro de ese contexto requeriría ponderar los derechos en liza, puesto que el motor de búsqueda se trata de una entidad privada y no de un poder público. Por último, exponían que no puede establecerse un derecho al olvido generalizado que obligase a los motores de búsqueda a modificar sus criterios de selección de la información, pues esto crearía distorsiones en el ejercicio de las libertades informativas: tanto la del editor de la web fuente -el diario donde originariamente se publicó la información-, como las de los propios usuarios de los motores, a los que se implicaba en el ejercicio de ponderación.

Las conclusiones de Jääskinen no fueron totalmente asumidas por el Tribunal de Justicia en su sentencia²⁴, pero el TJ sentó algunos criterios de ponderación de derechos interesantes a lo que a este análisis interesa. En primer lugar, el juez europeo determinó que la actividad del motor de búsqueda tenían la consideración de tratamiento automatizado de datos; que la directiva era plenamente aplicable a la actividad de indexación llevada a cabo por el motor, aunque se tratara, como en el caso concreto, de información aparecida previamente en un medio de comunicación y por tanto amparada por una excepción legal; y que había que subrayar la responsabilidad del motor de búsqueda frente a las lesiones de los derechos de la personalidad protegidos por los derechos de autodeterminación informativa. En

²² Conclusiones del abogado general Niilo Jääskinen en el asunto C-131/12, presentadas el 25 de junio de 2013 (<http://curia.europa.eu/>).

²³ El autor cita a pie de página las resoluciones de la AEPD R/01871/2008 (Google) y R/00494/2009 (Lycos), probando como la teoría de Jääskinen contradice algunas consideraciones efectuadas por la AEPD sobre los motores de búsqueda, cuya actividad, según la Agencia y al menos en lo que a los datos de una publicación oficial se trataba, no podría ampararse en la libertad de información.

²⁴ Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12, *Google Spain*.

segundo lugar, el TJ aclaró que los derechos a ponderar en torno a estas cuestiones eran por un lado los del interesado, titular de los datos, y por otro los derechos a recibir información de los internautas, dejando al margen consideración alguna sobre el ejercicio por parte del motor de búsqueda de libertades informativas, al que solo se le atribuirían intereses económicos. En tercer lugar, el Tribunal estableció que en la ponderación entre derechos dos aspectos eran igualmente determinantes: el perjuicio causado al titular de los datos y la relevancia pública de ese mismo titular, siendo así que a mayor relevancia pública del titular, mayor sería el peso del derecho de los receptores de la información. Y viceversa. En cuarto y último lugar, se afirmaba la existencia de un derecho al olvido para el titular de los datos en relación con la actividad de los motores de búsqueda. Ese derecho existiría siempre y cuando la ponderación previa de derechos en conflicto, los del titular de los datos frente a los de los internautas, así lo hicieran deducir. Como puede observarse, el TJ introduce un nuevo modelo de ponderación en los conflictos de este tipo: derechos de la personalidad frente a derechos, difusos, a recibir información. Sin duda es un gran descubrimiento.

4.-Tres concisas conclusiones

Con la impresión de que ni mucho menos se han agotado en este trabajo las posibilidades de análisis, sí que pueden defenderse, en esbozo, algunas conclusiones sobre la posición del Tribunal de Justicia sobre los derechos de la personalidad. La primera es que, ante la transnacionalidad de lesiones a estos derechos por publicaciones locales que se difunden en el espacio europeo, el TJ ha dictado reglas firmes para determinar la competencia jurisdiccional y esas reglas, por su amplitud, favorecen los intereses de los supuestos ofendidos por las posibilidades de elección de fuero que plantean. La segunda es que la ponderación de derechos en conflicto que delinea el TJ, como ocurre en el asunto *eDate* o en los distintos sobre protección de datos, en ningún caso llega a ser una ponderación libre, sino que habitualmente aparece enmarcada en los parámetros definidos en las regulaciones europeas: las directivas de comercio electrónico y protección de datos. La orientación finalista, que prioriza los objetivos de la integración, no es abandonada por el TJ al evaluar desde su

posición los conflictos entre derechos fundamentales. La tercera, y con esta concluimos, es que el TJ establece contenidos sustantivos relacionados con los derechos fundamentales que tienen, digamos, “denominación de origen europea”. Singularmente, la afirmación bastante firme de un derecho al olvido en relación con informaciones publicadas en medios de comunicación institucionalizados y, en el lado opuesto, la emergencia del derecho del público a acceder a la información publicada como derecho, difuso, que entra en ponderación frente a los derechos de la personalidad y la protección de datos.

Referencias bibliográficas

ALONSO ESPINOSA, Carles. (2009). "La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa". *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 81, 15-61.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2004). "El papel de los Tribunales Constitucionales nacionales". En *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid, Trotta, p. 65-81.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2012). "Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en internet". *La Ley*, enero 2012, p. 1-11, consultado *on line* en <http://eprints.ucm.es>.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bologna: Il Mulino.

GERRERO PICÓ, María del Carmen (2005). "El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Europea". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, p. 293-332.

GUICHOT REINA, Emilio, (2005). *Datos personales y administración pública*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.

GUICHOT REINA, Emilio (2012). “La publicidad de datos personales en Internet por parte de las Administraciones públicas y el derecho al olvido”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, p. 125-168.

KELLER, Perry (2011). *European and International Media Law*. Oxford-New York: Oxford University Press.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel (2012). “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación en internet”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 1, p. 277-301, consultado *on line* en www.uc3m.es/cdt.

PACKARD, Ashley. (2010). *Digital Media Law*. Oxford: Willey-Blackwell.

POST, David G. (2009). *In search of Jefferson's moose. Notes on the state of cyberspace*. New York: Oxford University Press.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2012), “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, InDret, www.indret.com.

IL DIRITTO ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE

Michele Gradoli

Università LUISS Guido Carli di Roma.

Sommario:

1.-Introduzione.

2.-La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue in materia di libertà di circolazione e di soggiorno.

2.1.-Un nuovo approccio per la promozione della libera circolazione dei cittadini dell'Unione.

2.2.-Libertà di circolazione e coesione sociale.

3.-Conclusioni.

Riferimenti bibliografici.

Abstract in italiano

IL DIRITTO ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE

La libertà di circolazione costituisce uno dei diritti fondamentali dei cittadini europei e, dal Trattato di Maastricht in poi, insieme con la libera circolazione dei servizi, dei capitali e delle merci, ha influito concretamente sulla percezione dell'Unione europea da parte dei suoi cittadini, accrescendone spesso l'entusiasmo di esserne parte. Gli ultimi anni tuttavia hanno visto crescere sentimenti ostili all'Unione europea come quelli rappresentati dai partiti c.d. "euroscettici" e una delle risposte più efficaci dell'Unione alle critiche circa l'effettiva convenienza di essere parte dell'Ue, è stato il potenziamento delle opportunità per i cittadini e i lavoratori europei come la mobilità tra gli Stati membri. In questa operazione la Corte di giustizia dell'Ue ha svolto un ruolo fondamentale sviluppando, negli ultimi mesi, una giurisprudenza particolarmente favorevole alla promozione della libera circolazione degli europei potenziando anche i contenuti dello stesso diritto di soggiorno sancito dall'art. 45 del Trattato sull'Unione europea.

Si propone quindi un'analisi approfondita di detta giurisprudenza della Corte che dal gennaio 2014 ha iniziato a trattare la circolazione dei lavoratori in maniera estensiva sul piano del riconoscimento di quei diritti, come quello del diritto derivato di soggiorno per il cittadino di Paese terzo familiare di un cittadino europeo, che promuovono sostanzialmente un'effettiva mobilità dei cittadini dell'Unione e ne accrescono la qualità della vita. È una giurisprudenza che ritrae un'Unione diversa rispetto al passato poiché i diritti sanciti nei trattati e nella Carta di Nizza sembrano acquistare un'umanità diversa, uscendo dalla dimensione individuale del lavoratore e coinvolgendo la sua sfera affettiva e familiare. In particolare, le recenti pronunce C-378/12; C-400/12; C-423/12; C-456/12; C-457/12 e C-507/12, trovando riferimento comune nella direttiva 2004/38, hanno evidenziato come l'effettiva mobilità del lavoratore nell'Unione europea sia strettamente legata a quella del proprio nucleo familiare al quale sarà necessario riconoscere le giuste garanzie e un diritto alla circolazione adeguato, di modo da non inibire la libertà di circolazione del cittadino europeo. In queste pronunce, il giudice europeo ha proposto soluzioni che intendono incoraggiare la mobilità effettiva del lavoratore europeo ampliando le fattispecie previste per il diritto di soggiorno derivato dei familiari cittadini di Paesi terzi, poiché il mancato riconoscimento di tale diritto avrebbe di fatto dissuaso il cittadino europeo dall'esercizio di un suo diritto essenziale come quello alla libera circolazione.

Alcune delle sentenze suddette (C-244/13; C-378/12; C-400/12) inoltre costituiscono un passaggio fondamentale e delicato nella descrizione di una delle conseguenze principali della libera circolazione ossia l'integrazione di un individuo nel tessuto sociale della comunità ospite

che, ribadisce la Corte, deve essere considerata nella sua concreta realizzazione al di là di meri dati formali che, come il mero dato temporale della permanenza su un territorio, sono inutili a definirne il livello raggiunto. In particolare, nella pronuncia del 10 luglio 2014 (C-244/13) la Corte ha formulato il concetto di "diritto permanente di soggiorno", ribadendo sul piano sostanziale che il diritto di soggiorno derivato non può essere negato, in virtù del livello di integrazione sociale raggiunto, neanche ai cittadini di Paesi terzi i quali, divenuti cittadini dell'Unione tramite matrimonio, hanno sciolto il loro legame con il coniuge cittadino europeo.

Riconoscere il diritto di circolazione e di soggiorno anche ai nuclei familiari dei cittadini europei e agli stessi stranieri, che pur hanno perso il legame con il coniuge europeo secondo la direttiva 2004/38, equivale a tutelare i risultati positivi della circolazione e disegnare una nuova cittadinanza europea concretamente più "mobile", incoraggiandola a esercitare i propri diritti poiché effettivamente dotata di quelle garanzie e di quegli strumenti necessari a raggiungere gli obiettivi del Trattato di Maastricht.

Resumen en español

EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CIUDADANOS EUROPEOS EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

La libre circulación constituye uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y, a partir del Tratado de Maastricht, junto con la libre circulación de servicios, capitales y mercancías, ha influido notablemente sobre la percepción de la Unión Europea por parte de sus ciudadanos, incrementando su entusiasmo por formar parte de la misma. Sin embargo, en los últimos años han aparecido sentimientos hostiles hacia la Unión Europea representados, por ejemplo, por los partidos "euroescépticos" y, en consecuencia, una de las respuestas más eficaces de la Unión Europea hacia las críticas sobre la adecuación de la pertenencia a la Unión Europea ha sido la potenciación de las oportunidades para los ciudadanos y trabajadores europeos y, por extensión, la movilidad de los mismos entre Estados miembros. En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha jugado un papel fundamental desarrollando, en los últimos tiempos, una jurisprudencia especialmente favorable a la promoción de la libre circulación de los europeos, potenciando igualmente el derecho de residencia proclamado en el artículo 45 del Tratado de la Unión Europea.

Pretendemos realizar aquí un análisis pormenorizado de dicha jurisprudencia que, desde enero de 2014, ha comenzado a tratar la circulación de trabajadores de forma extensiva, reconociendo dicho derecho a los ciudadanos de países terceros familiares de ciudadanos europeos para, con ello, promover una auténtica movilidad por parte de

los ciudadanos europeos. Dicha jurisprudencia nos muestra una Unión Europea diferente a la que habíamos conocido hasta el momento, pues los derechos recogidos en los Tratados y en la Carta de Niza adquieren una humanidad diferente, yendo más allá de la dimensión individual del trabajador y extendiéndose a su esfera afectiva y familiar. En particular, los recientes pronunciamientos C-378/12; C-400/12; C-423/12; C-456/12; C-457/12 y C-507/12, que tienen como punto de referencia común la Directiva 2004/38, han puesto de manifiesto que la efectiva movilidad de los trabajadores de la Unión Europea se encuentra fuertemente vinculada a la de su núcleo familiar, al que se hace necesario reconocer las garantías necesarias y un derecho de circulación adecuado, de modo que la libertad de los ciudadanos europeos no se vea limitada. En dichas sentencias, el Tribunal europeo ha propuesto soluciones que pretenden reforzar la movilidad efectiva del trabajador europeo, extendiendo el derecho de residencia a los familiares residentes en países terceros pues, de no reconocerse dicho derecho, se estaría disuadiendo al ciudadano europeo del ejercicio de un derecho fundamental como es el de la libre circulación.

Además, algunas de las sentencias citadas (C-244/13; C-378/12; C-400/12) constituyen una transición fundamental y delicada en la descripción de una de las principales consecuencias de la libre circulación, esto es, la integración del individuo en el tejido social que lo hospeda, lo que debe contemplarse a través de realizaciones concretas, más allá de meros datos formales que, como el simple dato de la permanencia temporal en un territorio, no sirven para describir el nivel alcanzado. En particular, en la Sentencia de 10 de julio de 2014 (C-244/13), el Tribunal ha formulado el concepto de “derecho permanente de residencia” que implica que el derecho de residencia no puede ser negado, en virtud del nivel de integración social adquirido, ni siquiera a los ciudadanos de países terceros que, habiéndose convertido en residentes europeos vía matrimonio, han elegido vincularse a un ciudadano europeo.

El reconocimiento del derecho de circulación y residencia al núcleo familiar de los ciudadanos europeos y a aquéllos que han perdido el vínculo con el cónyuge europeo según la Directiva 2004/38, equivale a tutelar el resultado positivo de la circulación y diseñar una nueva ciudadanía europea más móvil, dotada de todas las garantías e instrumentos necesarios para conseguir los objetivos previstos en el Tratado de Maastricht.

Abstract in English

FREE MOVEMENT OF THE EUROPEAN CITIZENS IN THE RECENT DECISIONS OF THE EU COURT OF JUSTICE

Freedom of movement is one of the fundamental rights of the European citizens and, since the entry in force of the Treaty of Maastricht, along with the free movement of services, capital and goods, influenced the

citizens' perception of the European Union, increasing their enthusiasm to be part of the EU. During the last few years, however, the so-called "Euro-skeptic" parties have spread in Europe and one of the most effective responses to the criticisms against the Union has been represented by the improvement of the opportunities for the EU citizens and workers such as their right to move in the Member States. In this procedure, the EU Court of Justice has played a key role developing a relevant jurisprudence that supports the promotion of the free movement also enhancing the contents of the right to reside under Art. 45 of the Treaty on European Union.

Since January 2014 the Court of justice has begun to broadly recognize the right of free movement of the workers and it started to extend the application of the derivative right to reside for the third-country citizens who are family members of a European citizen in order to promote an effective mobility of the EU citizens. It is a jurisprudence that portrays a Union that is different from the past because the rights established in the Treaties and in the Charter of Nice seem to acquire a different humanity, involving and considering the affective dimension as well. Moreover, the recent decisions C-378/12; C-400/12; C-423/12; C-456/12; C-457/12 and C-507/12, under the common reference in Directive 2004/38, showed that the effective mobility of the EU workers is linked to the mobility of their families which will need the proper guarantees in order not to inhibit the main free movement of the European citizens. In order to reach these goals, the EU Court has proposed solutions that aim to encourage the effective mobility of European workers by expanding the circumstances specifically planned for the derivative right to reside of the third country national family members of the EU citizens and some of these decisions (C-244/13, C-378/12, C-400/12) also represent an essential step towards a more structured definition of one of the main consequences of the free movement of persons: the integration of an individual in the host community. The Court affirms that the level of social integration of an individual needs to be considered in its concrete realization beyond the mere formal data, as the time spent on a territory. In particular, in the decision on the case C-244/13 (10th July 2014) the Court developed the concept of permanent right to reside, proving that the derivative right to reside cannot be denied, because of the level of social integration achieved, even to third-country nationals who have become EU citizens by marriage, even if they have dissolved their relationship with their EU spouse.

This new approach towards the recognition of the right to move and to reside also to the families of the EU citizens and to the foreigners that lost their connection with their spouse, aims to safeguard the positive achievements of the free movement of persons and to outline the guarantees and the tools necessary to achieve the objectives of the European Union.

1.- Introduzione

La libertà di circolazione costituisce uno dei diritti fondamentali dei cittadini europei e, dal Trattato di Maastricht in poi, insieme con la libera circolazione dei servizi, dei capitali e delle merci, ha influito concretamente sulla percezione dell'Unione europea da parte dei suoi cittadini, accrescendone spesso l'entusiasmo di esserne parte (Barnard, 2013; Carella, 2012; Rapin, 2012; Condinanzi, Lang, & Nascimbene, 2006). Dal 2008, anno in cui è scoppiata la crisi finanziaria che continua a colpire i mercati occidentali (Capriglione & Semeraro, 2012), in Europa si è assistito all'emersione di movimenti antieuropei che hanno presentato l'Ue come un ostacolo al progresso delle singole comunità nazionali e al superamento della crisi finanziaria. Anche gli stessi strumenti che le istituzioni europee hanno proposto per uscire dalla crisi come lo Efsf, il Fondo Salva-Stati ESM o i sistemi di vigilanza finanziaria¹, sono stati percepiti da parte della popolazione europea come un'ulteriore pesantissima imposizione a scapito dei cittadini europei già ampiamente provati dalle difficoltà della crisi stessa (Capriglione, 2013). Cavalcando questa avversione all'Ue, i partiti euroscettici sono riusciti ad essere rappresentati anche nel Parlamento europeo eletto nel maggio 2014² minacciando l'effettiva stabilità dell'assemblea parlamentare e, per la prima volta nella storia europea, entrando nel vivo del processo decisionale dell'Ue. In questo scenario sembra interessante considerare la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue che, tentando di favorire un'immagine dell'Unione più concentrata sulla promozione effettiva dei diritti dei suoi cittadini, ha avviato un processo di potenziamento delle garanzie per l'esercizio di alcune libertà come quella di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari.

¹ Il Fondo Europeo per la Stabilità Finanziaria (EFSF) è stato creato dagli Stati membri dell'area Euro in seguito alla decisione dell'ECONFIN del 9 maggio 2010 per garantire la stabilità finanziaria in Europa, fornendo assistenza ai membri stessi dell'area Euro. Il Fondo Europeo per la Stabilità Finanziaria è stato creato come uno strumento temporaneo per la soluzione delle contingenze più urgenti, pertanto è stato sostituito con lo *European Stability Mechanism* (ESM) il cui Trattato è stato firmato nel Febbraio 2012 e le cui operazioni sono state avviate l'8 ottobre 2012.

² Rispetto alle elezioni 2009 del Parlamento europeo, diversi partiti conservatori e nazionalisti hanno aumentato i seggi loro attribuiti: al Partito Nazionale Danese sono stati attribuiti 4 seggi (3 in più rispetto alla precedente legislatura); il partito lituano Ordine e Giustizia è riuscito ad ottenere due seggi e il Partito dell'Indipendenza del Regno Unito ha aumentato di 11 unità la propria presenza nel Parlamento europeo, ottenendo 24 seggi. Infine, anche il Fronte Nazionale francese ha aumentato in maniera consistente la propria presenza nel PE ottenendo 24 seggi, 21 in più rispetto alla scorsa legislatura.

2.- La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue in materia di libertà di circolazione e di soggiorno

Dal gennaio 2014 la Corte di Giustizia dell'Ue ha iniziato ad interpretare in maniera estensiva le previsioni degli artt. 21 e 45 TFUE e della direttiva 2004/38/CE³ relativa al diritto dei cittadini dell'Ue e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente negli Stati membri, di modo da promuovere l'effettiva mobilità dei cittadini e aumentare la loro qualità di vita nell'Unione. É una giurisprudenza innovativa poiché i diritti sanciti nei trattati sembrano acquistare un'umanità diversa, uscendo dalla dimensione individuale del singolo e coinvolgendo la sua sfera affettiva e familiare. Le recenti pronunce C-378/12; C-400/12; C-423/12; C-456/12; C-457/12; C-507/12 e C-244/13 hanno evidenziato come l'effettiva mobilità del lavoratore nell'Ue sia strettamente legata alla mobilità del proprio nucleo familiare al quale sarà necessario riconoscere altrettante garanzie. Si tratta di un passaggio fondamentale nella promozione di una libertà di circolazione completamente effettiva in quanto spesso è stato registrato che la mobilità del cittadino o del lavoratore europeo potesse essere irretita da restrizioni e limiti alle libertà corrispondenti dei propri familiari. Nel clima suddetto di particolare insofferenza nei confronti dell'Ue, sembra tuttavia interessante sottolineare che la Corte di Giustizia sta avviando un processo nel quale presenta sotto una nuova luce la libertà di circolazione come uno strumento effettivo di miglioramento della qualità di vita dei cittadini europei i quali possono beneficiare dei vantaggi offerti dal mercato interno (Calafa', Gottardi & Peruzzi, 2012). Si potrebbe controbattere che tale obiettivo fosse già intrinseco nella formulazione delle libertà di circolazione europee, tuttavia ciò che risulta oggi innovativo è l'atteggiamento della Corte di Giustizia che, pur non potendo influire direttamente sulla formulazione delle strategie di risoluzione della crisi finanziaria, ripropone strumenti "tradizionali" come l'esercizio della libertà di circolazione in un approccio bottom-up nel quale ogni singolo cittadino può tornare a essere elemento di ripresa economica attraverso le proprie attività. Il Titolo IV TFUE è stato tema di studio da parte della dottrina (Ball, 2013; Dal

³ La Direttiva 2004/38/CE/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ha modificato il regolamento CEE n. 1612/68 ed ha abrogato le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

Pozzo, 2013; Daniele, 2012; Gottardi, 2012; Nascimbene & Dal Pozzo, 2012) e oggetto delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, nel tempo, ha contribuito a garantire l'applicazione delle disposizioni suddette sostenendo le posizioni più favorevoli alla mobilità delle persone e dei lavoratori, e interpretando restrittivamente le norme sui limiti alla circolazione⁴. Nonostante tale atteggiamento abbia sostenuto e assicurato l'applicazione puntuale del Titolo IV TFUE, negli ultimi mesi la Corte di Giustizia si è impegnata nella tutela di un'ulteriore serie di fattispecie direttamente collegate alla mobilità dei cittadini dell'Ue che influiscono concretamente sulla loro libertà di circolazione. Si tratta di quei casi in cui il cittadino europeo, pur godendo del completo diritto alla libera circolazione e senza vedersi imposti limiti alla sua mobilità, di fatto è dissuaso dall'esercizio di tale diritto a causa del mancato riconoscimento di tutele per soggetti terzi che comunque favorirebbero la sua mobilità come l'estensione del diritto di soggiorno per i familiari. Il diritto alla mobilità del cittadino o del lavoratore dell'Ue, infatti, pur essendo originariamente formulato come un diritto individuale, di fatto è legato alla sua dimensione familiare, tanto che pure i giudici della Corte non possono non considerare anche i vincoli di carattere personale che influiscono su decisioni del genere.

2.1.- Un nuovo approccio per la promozione della libera circolazione dei cittadini dell'Unione

L'art. 21 TFUE prevede che ogni cittadino europeo⁵ possa circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, eccezion fatta per i limiti

⁴ Tale orientamento è stato espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea per la prima volta nella sentenza del 23 marzo 1982, causa 58/81.

⁵ Secondo l'art. 20 TFUE è cittadino europeo "chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro". Pertanto, la cittadinanza dell'Unione europea si aggiunge alla cittadinanza nazionale senza sostituirla, mentre il suo momento di acquisizione coincide con quello della cittadinanza nazionale.

Il II dell'art. 20 TFUE prevede una lista di diritti della cittadinanza europea che costituiscono un bagaglio comune a tutti i cittadini europei i quali hanno il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; il diritto di godere della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di quello Stato, nel territorio di un Paese terzo dove lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato; il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Ue in una delle lingue dell'Unione europea.

previsti dai trattati giustificati da motivi di ordine pubblico, di sicurezza o di sanità pubblica. Inoltre, ove necessario e qualora i trattati non avessero previsto fattispecie specifiche di azione, è attribuita al PE e al Consiglio dell'Unione la possibilità di approvare azioni mirate ad implementare a pieno il diritto sopra descritto⁶ e ad esse debbono sommarsi anche le misure restrittive del Consiglio dell'Unione relative alla sicurezza o alla protezione sociale previste dall'art. 21 III comma TFUE⁷. La giurisprudenza più recente della Corte, tuttavia, più che sui limiti alla circolazione si è concentrata sull'estensione dei diritti derivati dall'art. 21 TFUE, fornendo ai cittadini europei strumenti ulteriori per favorire la mobilità loro e dei rispettivi nuclei familiari. Esempi di tale orientamento sono rappresentati dalle pronunce sui casi C-456/12 e C-457/12 del 12 marzo 2014 nelle quali il giudice europeo ha chiarito le norme sul diritto di soggiorno dei cittadini di un Paese terzo familiari di un cittadino europeo, nello Stato membro d'origine del cittadino dell'Ue. Nei due casi, infatti, la Corte di Lussemburgo era stata investita da parte del Raad van State olandese (Consiglio di Stato) di due ricorsi pregiudiziali circa l'ammissibilità del diniego delle autorità olandesi di concedere il diritto di soggiorno al cittadino di un familiare di un cittadino olandese dell'Unione. L'art. 21 TFUE congiuntamente con le disposizioni della direttiva 2004/38/CE, infatti, non istituisce un diritto autonomo di soggiorno ai cittadini di Paesi terzi familiari dei cittadini dell'Unione poiché l'ottenimento di un diritto di soggiorno è contestuale all'esercizio della libera circolazione del cittadino europeo. Più precisamente, la direttiva 2004/38/CE assicura un diritto di soggiorno derivato al cittadino di un Paese terzo, familiare di un cittadino europeo, solo nel caso in cui quest'ultimo si sia trasferito in uno Stato Membro diverso da quello di origine (Carbone & Queirolo, 2008). Un'interpretazione letterale delle disposizioni in esame quindi comporterebbe la negazione di un diritto di soggiorno dello straniero extra-Ue familiare di un cittadino

⁶ Nonostante il II comma dell'art. 21 TFUE non indichi esplicitamente le modalità di intervento, il tipo di azioni possibili è facilmente intuibile in quanto la procedura prevista per la deliberazione è quella legislativa ordinaria per cui il risultato di detto processo potrà essere rappresentato anche da un atto giuridicamente vincolante.

⁷ Anche in questi casi la disposizione si applica in casi residuali, qualora gli stessi obiettivi non siano già oggetto di azioni mirate esplicitamente previste ma, a differenza delle iniziative a sostegno della libera circolazione, queste misure limitative della mobilità possono essere deliberate all'unanimità dal Consiglio dell'Unione, previa consultazione del PE.

europeo nel suo Stato Membro di origine. Tuttavia la Corte, proprio nel caso C-456/12, si è pronunciata in senso contrario poiché l'interpretazione letterale risulterebbe contrastante con gli stessi fini dell'art. 21 TFUE: i cittadini europei potrebbero essere dissuasi dall'abbandonare lo Stato membro di origine qualora non fosse garantita loro la certezza di continuare, una volta tornati nel loro Paese originario, il legame familiare sviluppato in un altro Stato Ue che invece riconosceva il diritto di soggiorno al familiare cittadino di un Paese terzo⁸. Il timore che il cittadino europeo possa essere scoraggiato dall'esercizio della libera circolazione rappresenta quindi l'elemento per l'estensione di un diritto di soggiorno non previsto in precedenza: la promozione della libera circolazione infatti deve considerare anche i fattori personali che influiscono sulla concreta capacità dei cittadini europei di decidere come voler esercitare le proprie libertà peculiari. Si tratta di una svolta importante poiché il giudice dell'Ue stabilisce che, se il cittadino europeo ha diritto a continuare la propria vita familiare anche nello Stato membro nel quale abbia deciso di spostarsi, a maggior ragione lo stesso cittadino dell'Unione avrà diritto a continuare, nel Paese di origine una volta rientratovi, la propria vita familiare iniziata in uno Stato Ue ospitante. Per tale principio, nel caso C-456/12 la Corte si è pronunciata per un'applicazione analogica delle disposizioni della direttiva 2004/38/CE in materia di diritto di soggiorno derivato per i cittadini di Paesi terzi familiari dei cittadini europei anche nei casi in cui il cittadino dell'Ue voglia rientrare nel proprio Stato di origine, al fine di garantirgli la certezza che la sua libertà di circolazione non sia di ostacolo allo sviluppo della sua vita familiare. Si tratta di pronunce rilevanti perché segnano il definitivo capovolgimento dell'orientamento espresso nella sentenza del 23 settembre 2003 sulla causa C-109/01 nella quale invece si negò il diritto di soggiorno al familiare cittadino di uno Stato terzo che non aveva già acquisito detto diritto nello Stato membro di origine del titolare della libera circolazione. La Commissione europea stessa, nella stesura dei suoi orientamenti per il

⁸ Va precisato che l'estensione del diritto di soggiorno anche nel Paese di origine del cittadino europeo di cui lo straniero è familiare può avvenire solamente nei casi in cui il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante riconoscesse i requisiti della direttiva 2004/38/CE. Tali disposizioni prevedono che il diritto di soggiorno derivato per il cittadino di un Paese terzo familiare di un cittadino dell'Unione si configuri qualora il cittadino europeo abbia soggiornato effettivamente e legalmente in un altro Stato membro per un periodo superiore a tre mesi e qui abbia costruito la sua vita familiare.

recepimento e applicazione della direttiva 2004/38/CE, aveva in parte anticipato le pronunce della Corte dell'Unione sui diritti dei cittadini UE che ritornano nello Stato membro d'origine dopo aver soggiornato in un altro Paese dell'Unione e tale approccio, confermato dalla Corte, potrebbe avere ripercussioni assai rilevanti nella disciplina di alcune unioni familiari specifiche riconosciute in alcuni ordinamenti come quello spagnolo e non in altri. In materia di riconoscimento delle unioni delle coppie omosessuali, infatti, le legislazioni dei singoli Stati membri sono assai diverse in quanto la maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea riconoscono diversi livelli di tutela mentre altri come Italia, Grecia, Cipro, Lituania, Lettonia, Polonia, Slovacchia, Bulgaria e Romania non prevedono alcuna forma di tutela per tali fattispecie. A tal punto va precisato che lo stesso art. 3 paragrafo 2 lettera b) della Direttiva 2004/38/CE estende la sua applicazione anche al "partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata" precisando che sia di competenza dello Stato membro ospitante effettuare un esame approfondito della situazione concreta e quindi giustificare l'eventuale rifiuto del loro ingresso o soggiorno⁹. Se si aggiunge che, sulla base dell'art. 45 TFUE, le uniche limitazioni alla circolazione del lavoratore ammissibili sono quelle giustificate dal pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica, sarà interessante osservare le reazioni degli ordinamenti più conservatori come quelli summenzionati di fronte alle richieste dei lavoratori loro cittadini che chiederanno, rientrando nello Stato Ue di origine, il riconoscimento di un diritto derivato da uno status maturato in un altro Stato membro. Ammesso dalla Corte che il diritto di soggiorno derivato possa essere applicato anche al lavoratore europeo che rientra nel proprio Paese di origine (causa C-456/12), il mancato riconoscimento del diritto di soggiorno in situazioni simili potrebbe costituire, qualora si applicassero gli stessi principi dei casi citati, un elemento –

⁹ Sul punto la Commissione europea nella sua comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio del 2 luglio 2009 concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE ha precisato che: "il requisito della stabilità della relazione va valutato alla luce dell'obiettivo della direttiva di preservare l'unità della famiglia in senso ampio. Le norme nazionali per determinare la stabilità dell'unione possono prevedere come criterio che l'unione duri da un certo periodo minimo di tempo, ma devono comunque tener conto anche di altri aspetti pertinenti (*ad esempio, ipoteca congiunta per l'acquisto di una casa*). L'eventuale rifiuto dell'ingresso o del soggiorno deve essere pienamente giustificato e poter formare oggetto di ricorso".

oltre che discriminatorio – di dissuasione per il cittadino europeo nell'esercizio della sua libertà di circolazione, incompatibile quindi con le finalità della Direttiva 2004/38/CE. E' chiaro che promuovere anche in questo modo la libertà di circolazione ed evitare che i cittadini europei possano essere inibiti dall'esercizio di questo diritto non comporterebbe il riconoscimento totale del matrimonio omosessuale celebrato legittimamente in un altro Stato membro che lo prevede, tuttavia costituirebbe la base quanto meno per il riconoscimento del diritto derivato di soggiorno, avvalorato dalla constatazione che uno degli obiettivi della Direttiva 2004/38/CE è proprio "preservare l'unità della famiglia in senso ampio" (Commissione europea, COM(2009) 313). Pertanto sul punto pare condivisibile la pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia che il 13 febbraio 2012, pur non riconoscendo in Italia gli effetti di un matrimonio omosessuale celebrato a Palma Di Mallorca, ma applicando il principio del mutuo riconoscimento definito negli anni dalla Corte di Giustizia dell'Ue (Corte di Giustizia dell'Unione europea, C-120/78), ha ammesso il diritto di soggiorno al marito di un cittadino italiano rientrato in Italia dopo aver trascorso un periodo lavorativo in Spagna.

Pronuncia simile a quella sul caso C-456/12 è stata formulata anche nel caso C-457/12 nel quale il Consiglio di Stato olandese di nuovo chiedeva alla Corte di Giustizia se potesse essere riconosciuto un diritto di soggiorno derivato anche al cittadino di un Paese terzo familiare di un cittadino dell'Ue quando quest'ultimo, a differenza del caso precedente, risiede nel suo Stato di origine ma si reca regolarmente in uno Stato Ue diverso per l'esercizio della propria professione. Sulla linea del caso C-456/12, la Corte ha deciso di interpretare in via analogica anche l'art. 45 TFUE che garantisce la libertà di circolazione dei lavoratori¹⁰ di modo da evitare che il cittadino europeo possa essere inibito nell'esercizio della sua mobilità professionale a causa di eventuali restrizioni al diritto di soggiorno del familiare. Come ribadito anche da parte della dottrina (Orlandini, 2013 E 2007; Calafa', Gottardi & Peruzzi, 2012; Gottardi, 2012), il dato saliente tipico della libertà di circolazione dei lavoratori sta anche nell'abolizione

¹⁰ L'art. 45 TFUE assicura la libertà di circolazione dei lavoratori definita come il diritto dei cittadini europei a spostarsi liberamente nel territorio degli Stati membri al fine di rispondere a offerte di lavoro e a prendere dimora nel Paese Ue nel quale intende svolgere la propria attività professionale.

di qualsiasi discriminazione poiché ai lavoratori europei che decideranno di svolgere la propria attività presso un terzo Stato Membro non saranno applicate dal Paese ospite disposizioni legislative, regolamentari e amministrative diverse da quelle che disciplinano l'impiego dei lavoratori nazionali¹¹. Rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 45 TFUE tutti i cittadini europei che svolgano una professione in uno Stato membro diverso da quello di origine e, secondo la Corte, al fine di realizzare gli obiettivi di tale disposizione, si potrebbe concedere un diritto di soggiorno derivato al cittadino di Paese terzo familiare di un cittadino dell'Ue nello Stato Membro dove il lavoratore europeo intende svolgere la propria attività professionale. Tale interpretazione è stata ulteriormente estesa a favore dei cittadini dei Paesi terzi dalla pronuncia del 12 marzo 2014 nella quale la Corte ha riconosciuto allo straniero, familiare di un cittadino europeo, un diritto di soggiorno derivato nello Stato membro di residenza del cittadino Ue anche qualora quest'ultimo si rechi regolarmente in altri Stati dell'Unione per prestare la propria attività professionale. La mancanza di un riconoscimento del genere scoraggerebbe, infatti, il lavoratore europeo nell'esercizio delle proprie attività in altri Stati membri in quanto, nel caso specifico, l'allontanamento del familiare cittadino del Paese terzo che si occupava della cura del figlio del cittadino dell'Ue, avrebbe costituito un elemento rilevante ai fini delle scelte professionali del lavoratore europeo.

L'ultima pronuncia della Corte di Giustizia che rileva è la sentenza del 19 giugno 2014 relativa alla causa C-507/12 nella quale la Corte propone un'interpretazione estensiva della definizione di "lavoratore" dell'art. 45 TFUE. Il criterio teleologico è ancora una volta utilizzato poiché un'interpretazione troppo restrittiva della nozione di "lavoratore" risulterebbe confliggente con il fine di promuovere quella mobilità sancita dallo stesso art. 45 TFUE. Nel caso specifico la Corte Suprema del Regno Unito, sollevando domanda di pronuncia pregiudiziale, chiedeva se una cittadina europea incinta che cessi temporaneamente di lavorare a causa della gravidanza, potesse

¹¹ Unico limite invece, previsto come anche per la libertà di circolazione dei cittadini Ue in generale (art. 21 TFUE), è rappresentato dal III comma dell'art. 45 TFUE che prevede che uno Stato Membro possa limitare la mobilità dei lavoratori provenienti da altri Paesi dell'Ue e diretti sul suo territorio per giustificati "motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica".

considerarsi come “lavoratore” ai sensi dell’art. 45 TFUE e dell’art. 7 della direttiva 2004/38/CE, peraltro tale definizione è cruciale ai fini del riconoscimento del diritto di soggiorno del lavoratore europeo in uno Stato membro ospitante. Sulla definizione di “lavoratore” la Corte di Giustizia aveva già fatto rientrare nella definizione dell’art. 45 TFUE, qualsiasi cittadino europeo che, per un periodo di tempo, fornisca a favore di un terzo o sotto la direzione di questo prestazioni lavorative per le quali percepisce un corrispettivo¹². Tale definizione va inoltre integrata con le previsioni dell’art. 7, paragrafo 3 della direttiva 2004/38/CE che elenca una serie di circostanze nelle quali il rapporto di lavoro del migrante è sospeso senza che possano venir meno i diritti di cui il lavoratore europeo possa godere nello Stato membro ospite. Tuttavia, ai fini di promuovere un’effettiva circolazione dei lavoratori nell’Unione, la Corte ha definito tale elenco non esaustivo, aprendolo così a una serie non definita di condizioni tra le quali potrebbe registrarsi anche la gravidanza che, pur non contemplata, può costituire una sospensione del rapporto di lavoro senza pregiudicare l’esistenza. Ne consegue una definizione di “lavoratore” piuttosto favorevole per il cittadino europeo poiché la sua qualifica e quindi i diritti derivanti non dipendono necessariamente dall’esistenza di un rapporto di lavoro o dalla sua reale prosecuzione. Ciò che rileva per la Corte, infatti, è la presenza del lavoratore sul mercato di uno Stato membro: anche qualora un rapporto di lavoro si sia interrotto per alcuni mesi, questo non implicherebbe l’esclusione del lavoratore da quel mercato, a condizione che questo trovi un altro impiego nello stesso Stato membro in un tempo che il giudice nazionale considererà ragionevole¹³. Tale discrezionalità del giudice nazionale comunque non riduce l’interpretazione ampia della definizione di “lavoratore” e, come nei casi summenzionati, pare volta a offrire ai lavoratori europei garanzie ulteriori rispetto a quelle esplicitamente espresse nel TFUE e nella direttiva citata. La precisazione della permanenza dello status di lavoratore anche per chi, di fatto, non sta svolgendo un’attività professionale in uno Stato Ue diverso da quello di origine, rassicura il

¹² Sul punto si vedano le sentenze Ritter-Coulais, C-152/03, punto 31; Hartmann, c-212/05, punto 17.

¹³ È chiaro che questa ultima condizione lascia al giudice nazionale un margine di discrezionalità tuttavia necessario in quanto è chiaro che solamente il giudice nazionale potrà conoscere nello specifico le condizioni precise del mercato di quello Stato membro e le norme nazionali applicabili di volta in volta alla circostanza imminente.

cittadino europeo, incoraggiandolo a sfruttare le potenzialità del mercato unico, nonostante il rischio di trascorrere periodi in cui il rapporto di lavoro possa essere sospeso per qualche ragione. Il sostegno che la Corte così esprime per un effettivo potenziamento della mobilità del lavoratore nell'Ue risulta inserirsi in un progetto più ampio e nella stessa sentenza la Corte rinnova la richiesta¹⁴ di dare completa attuazione al III e al IV considerando della direttiva 2004/38/CE, volti al superamento dell'approccio "settoriale e frammentario del diritto fondamentale e individuale dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai fini di agevolare l'esercizio di tale diritto mediante l'elaborazione di un atto unico che codifichi e riveda gli strumenti del diritto dell'Unione anteriori a tale medesima direttiva"¹⁵.

2.2.- Libertà di circolazione e coesione sociale

Negli stessi mesi in cui si è dato avvio alla giurisprudenza summenzionata, la Corte di Giustizia dell'Ue ha approfondito anche il contesto ove si inserisce la libertà di circolazione del cittadino e del lavoratore nell'Ue. Nelle sentenze che ci si appresta ad esporre, la libertà di circolazione è presentata come un elemento fondamentale per il progresso della società e dell'integrazione europea: al diritto alla mobilità è nuovamente riconosciuto il proprio valore originario per cui le singole comunità nazionali possono effettivamente arricchirsi grazie alla circolazione dei cittadini, così come il mercato unico può raggiungere i propri obiettivi anche tramite la mobilità dei lavoratori che, spostandosi, divengono vettori dello scambio di competenze e saperi. Le istituzioni europee, forse anche sospinte dall'ansia di dover presentare l'Ue come una dimensione favorevole per i suoi cittadini, hanno ultimamente presentato i diritti e le opportunità dell'Unione come un mero elenco di vantaggi per i cittadini europei. Di fatto questo tipo di comunicazione ha finito per realizzare parzialmente l'obiettivo di accrescere la consapevolezza del cittadino europeo circa le sue libertà poiché spesso è accaduto che, sciolte da qualsiasi tipo di spiegazione programmatica sulle loro effettive finalità, molte opportunità come la libera circolazione hanno perso la loro capacità di

¹⁴ Già in precedenza la Corte di Giustizia dell'Unione europea si era pronunciata in tal senso: sentenza Ziolkowski C-424/10 e sentenza Szeja C-425/10.

¹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea, I sezione, sentenza Saint Prix C-507/12 del 19 giugno 2014.

essere pienamente comprese dalla popolazione europea, sollevando diffidenze. Per rispondere a tali critiche, la Corte di Giustizia nel corso degli ultimi mesi ha precisato come la libera circolazione debba essere intesa anche come strumento per la realizzazione degli obiettivi dei trattati. In particolare, le sentenze alle quali si fa riferimento, sono quelle relative ai casi C-378/12; C- 400/12 e C-244/13, pronunciate tra il 16 gennaio e il 10 luglio 2014, che hanno ad oggetto l'interruzione della vita coniugale di un cittadino europeo con un cittadino di un Paese terzo. Nelle prime due, il giudice di Lussemburgo ha negato che i periodi di detenzione potessero essere considerati nel computo ai fini dell'acquisizione di un titolo di soggiorno permanente¹⁶ per i cittadini di un Paese terzo familiari di un cittadino dell'Ue, entrambi residenti in uno Stato membro diverso da quello di origine del cittadino europeo. Qualora il periodo di soggiorno nello Stato Ue ospitante sia superiore ai tre mesi previsti dall'art. 21 TFUE, l'ordinamento unionale richiede che il cittadino europeo eserciti un'attività professionale o disponga di risorse sufficienti per il suo sostentamento e i suoi familiari cittadini di Paesi terzi possono vivere nello Stato Ue ospitante a condizione che la loro permanenza non sia un onere per il sistema assistenziale di detto Paese, ove abbiano soggiornato per almeno cinque anni insieme con il proprio familiare europeo. Nel caso C-378/12, il ricorrente richiedeva il riconoscimento di un diritto di soggiorno permanente rivendicando i periodi trascorsi in carcere ai fini del computo di cinque anni di soggiorno continuativo necessario per l'acquisizione del diritto richiesto. Nel caso specifico, la Corte ha negato che la detenzione potesse essere sommata per raggiungere il periodo dei cinque anni, affermando la sostanziale interruzione della continuità del soggiorno¹⁷. Tale interruzione avrebbe comportato infatti la sospensione della vita congiunta con quella del familiare europeo, veicolo di integrazione per lo stesso straniero ed è la presunzione per cui i familiari stranieri abbiano soggiornato assieme al cittadino europeo, che permette alla Corte di soffermarsi sulle finalità stesse della libertà di circolazione nell'Ue. Il considerando 17 della direttiva 2004/38/CE, infatti, presenta il diritto di soggiorno permanente,

¹⁶ Analogamente lo stesso diniego vale per la concessione della protezione rafforzata contro l'allontanamento.

¹⁷ L'art. 16 paragrafo 1 della direttiva 2004/38/CE prevede, infatti, che il periodo in questione sia considerato "assieme" per cui il familiare dovrebbe raggiungere e/o accompagnare il cittadino europeo.

acquisito dal familiare di un cittadino europeo, come un “essenziale elemento di promozione della coesione sociale ed è stato previsto da tale direttiva per rafforzare il sentimento di appartenenza alla cittadinanza dell’Unione, sicché il legislatore dell’Unione ha subordinato l’ottenimento del diritto di soggiorno permanente”¹⁸ al requisito del soggiorno legale continuativo e condiviso assieme al familiare cittadino europeo. Sembra quindi evidente che l’integrazione tra lo straniero, il cittadino europeo e lo Stato membro ospitante in genere, costituisca un nuovo elemento fondamentale per l’acquisizione di diritti derivanti dalla libera circolazione. Su questo punto la Corte ha ribadito anche nella causa C-400/12 che la detenzione non solo interrompe il computo dei periodi di soggiorno legale, ma comporta anche che i diritti derivati non possono essere concessi al cittadino di Paese terzo poiché la discontinuità del soggiorno è indice della mancata integrazione dello straniero in quello Stato membro. Sono due i tipi di relazione che la detenzione interrompe: quella tra il cittadino europeo e il suo familiare e quella tra quest’ultimo e lo Stato membro, essenziale in quanto obiettivo dello stesso art. 21 TFUE. Tale nesso assume ancora maggiore importanza ed è sottolineato nella sentenza del 10 luglio 2014 sul C-244/13, nel quale la Corte di Giustizia dell’Ue afferma che il diritto di soggiorno permanente può comunque essere ottenuto quando lo straniero richiedente dimostri di essersi integrato completamente nel tessuto sociale dello Stato membro ospitante anche qualora il suo rapporto con il cittadino europeo sia venuto meno. Nel caso specifico, infatti, si specifica che l’interruzione del rapporto familiare tra il cittadino europeo e lo straniero extra-europeo, di fatto, non pregiudica il computo del periodo necessario per il diritto di soggiorno permanente in quanto il cittadino del Paese terzo può comunque dimostrare di aver trascorso legalmente il periodo di permanenza nello Stato membro ospitante. Ciò che in questo caso rileva è il raggiungimento di uno degli obiettivi fondamentali della libertà di circolazione in Europa: l’integrazione tra comunità ospiti e cittadini in circolazione, a prescindere dalla separazione che può essere intercorsa nel frattempo tra i due coniugi. Nella fattispecie in esame alla Corte era stato richiesto di pronunciarsi sull’ammissibilità del riconoscimento di un diritto di soggiorno

¹⁸ Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenza del 16 gennaio 2014 sulla causa C-378/12, punto 24.

permanente per il cittadino di Paese terzo coniuge di un cittadino europeo dal quale tuttavia si era separato nel corso della permanenza legale sul territorio dello Stato membro ospite. Nel caso specifico, il mancato riconoscimento di un diritto di soggiorno permanente al cittadino di Paese terzo avrebbe negato uno dei risultati più ambiti e al tempo stesso complessi della libera circolazione cioè l'integrazione degli stranieri nelle comunità europee ospitanti e avrebbe reso il cittadino di Paese terzo particolarmente "vulnerabile a provvedimenti unilaterali adottati dal suo coniuge, il che sarebbe in contrasto con la ratio della direttiva in esame, uno dei cui obiettivi, ai sensi del considerando 15, è proprio quello di offrire una tutela giuridica ai familiari del cittadino dell'Unione che soggiornano nello Stato membro ospitante" (Corte di Giustizia dell'UE, C-244/13). Sembra quindi che la Corte di Giustizia voglia sottolineare come il dato dell'integrazione di uno straniero nel tessuto sociale europeo debba essere sciolto da definizioni formali come la mera durata di permanenza in uno Stato membro, ma valutato su dati concreti come la condivisione della vita coniugale – e non – nella comunità ospite. Un approccio del genere, che al dato formale accompagna quello fattuale, è interessante soprattutto nella prospettiva del dialogo fra le Corti: anche il giudice italiano, infatti, potrebbe ispirarsi alle pronunce summenzionate soprattutto nell'interpretazione dell'articolo 1 del Regolamento D.P.R. 572/93 attuativo della legge sulla cittadinanza 91/92 che, fornendo una definizione formale del concetto di "residenza legale" basata sulla continuità anagrafica, potrebbe respingere la domanda di naturalizzazione di quei soggetti che, seppur sempre legalmente residenti sul territorio italiano, non siano stati iscritti all'anagrafe di riferimento nei dieci anni precedenti alla presentazione della domanda, come invece formalmente richiesto dalla normativa nazionale. La residenza legale infatti nell'ordinamento italiano costituisce una delle presunzioni sulla base delle quali può considerarsi raggiunta l'integrazione di un determinato individuo in una comunità ospite nonostante le difficoltà che immigrati e cittadini italiani incontrano spesso nella convivenza farebbero presupporre che la mera condivisione di un territorio non può di per sé costituire prova dell'avvenuta accoglienza/integrazione di un soggetto straniero. E' su questo punto che si auspica che, ispirato alla sentenza del 10 luglio 2014 sulla

causa C-244/13 della Corte di Giustizia, anche il giudice italiano possa sostenere la prevalenza del dato fattuale su quello formale della mera permanenza, ammettendo così anche a coloro i quali non posseggono "continuità anagrafica per i dieci anni antecedenti alla domanda di naturalizzazione di poter provare con elementi documentali certi che in quel periodo di tempo è stato sempre regolarmente presente in Italia" (Morozzo Della Rocca, 2008: 375).

3.- Conclusioni

Dai primi mesi del 2014 la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è impegnata nell'ampliamento della definizione di libertà di circolazione potenziandone soprattutto gli strumenti di promozione attraverso anche la considerazione delle eventuali ripercussioni di una sua pronuncia sulle sorti di un cittadino europeo, coinvolto indirettamente nella causa principale come elemento fondamentale di collegamento per il cittadino del Paese terzo. Più volte si è riscontrato, infatti, che alla mera promozione o garanzia individuale di un diritto del singolo non è necessariamente corrisposto il suo effettivo esercizio poiché finora sono stati attuati meccanismi di tutela che sono, per loro natura, sempre successivi all'eventuale violazione del diritto in esame: la nuova considerazione delle conseguenze sulla libertà di scelta di un cittadino europeo invece corrisponde alla più concreta e realistica garanzia di un diritto poiché il cittadino europeo verrebbe messo nella condizione effettiva di poter godere ed esercitare un suo diritto. L'esercizio dei diritti relativi alla circolazione è infatti strettamente collegato alle condizioni familiari del singolo il quale difficilmente deciderà di esercitare diritti che potrebbero peggiorare o pregiudicare la sua situazione familiare: è questa considerazione che, seppur nella sua semplicità, risulterebbe innovativa nel contesto unionale in quanto finora i diritti sono stati presentati prevalentemente come una questione privata ed individuale, tralasciando il contributo che il loro esercizio potrebbe offrire all'Unione. Il sostegno alla libera circolazione si traduce così in una serie di garanzie ulteriori rispetto a quelle finora formulate dai trattati e dalla giurisprudenza, come il riconoscimento del diritto di soggiorno permanente anche in casi non previsti dalla direttiva 2004/38/CE: prendendo in considerazione le conseguenze che il diniego di determinati diritti potrebbe avere per il

nucleo familiare del cittadino, la Corte riacquista la dimensione comunitaria del mercato interno, tornando a evidenziare i valori stessi per cui è stato creato ossia lo sviluppo e il progresso dei popoli europei (Orlandini, 2013; Orlandini & Giubboni, 2007). L'accento posto sull'integrazione sociale del cittadino europeo e del proprio nucleo familiare in uno Stato membro ospitante, ristabilisce inoltre una nuova immagine dei diritti stessi della cittadinanza europea, per cui anche la libera circolazione, che spesso è presentata come un diritto i cui vantaggi sono fruibili solo dall'individuo che lo esercita, è descritta come essenziale per il compimento degli obiettivi dei trattati quali l'integrazione sociale e il progresso dell'Ue. La giurisprudenza finora citata sembra quindi ripresentare la libertà di movimento come un veicolo fluido per la circolazione non solo degli individui, ma anche di valori giuridici: è inevitabile, infatti, che sul piano giuridico si sollevino criticità circa l'interpretazione delle definizioni di determinate situazioni o condizioni presenti in alcuni ordinamenti e assenti in altre. Si tratta di una circolazione più "umana" poiché i modelli di organizzazione sociale, come quelli che in alcuni Stati membri prevedono la registrazione di coppie di fatto o le unioni omosessuali, possono circolare attraverso le persone che ne sono i diretti titolari. La riflessione del giudice considera quindi gli elementi più tangibili della vita dei cittadini, la loro dimensione familiare e le ripercussioni che un'applicazione del diritto unionale scissa dalla sua dimensione più concreta potrebbe avere sulla vita dei singoli. Sono tali considerazioni che permettono al giudice di introdurre parametri di giudizio nuovi e rilevanti soprattutto nella valutazione dell'integrazione sociale che andrà misurato nella sua concretezza, libero da formalismi che potrebbero non solo distorcere la realtà ma anche ledere i diritti stessi degli interessati.

In conclusione, si può auspicare che la circolazione dei cittadini europei, che da sempre ha caratterizzato il catalogo dei diritti derivanti dall'Unione europea, possa continuare a intrecciare la spinta per il miglioramento della qualità della vita dei singoli cittadini e al progresso dell'ordinamento unionale e degli Stati membri (Sunstein, 1999): veicoli per la circolazione di diritti e modelli, i cittadini europei assumono

quindi una nuova responsabilità, quella di contribuire al progresso della società europea.

Riferimenti bibliografici

BALL, Richard (2013). *The Legitimacy of the European Union Through Legal Rationality: Free Movement of Third Country Nationals*. London: Routledge.

BARNANRD, Catherine (2013). *The substantive law of the EU: the four freedoms*. Oxford: Oxford University Press.

CALAFÀ, Laura, GOTTARDI, Donata, PERUZZI, Marco (2012). *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*. Edizioni Scientifiche Italiane.

CAPRIGLIONE, Francesco (2013). *Mercato regole democrazia: L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*. Torino: UTET Giuridica.

CAPRIGLIONE, Francesco & SEMERARO, Gabriele (2012). *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani: l'Unione europea tra rischi ed opportunità*. Torino: UTET Giuridica.

CARBONE, Sergio & QUEIROLO, Ilaria (2008). *Diritto di famiglia e Unione europea*. Torino: Giappichelli.

CARELLA, Gabriella (2012). *L'immigrazione e le mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*. Bologna: Monduzzi.

CONDINANZI, Massimo, LANG, Alessandra, & NASCIMBENE, Bruno (2006). *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone (Vol. 7)*. Milano: Giuffrè Editore.

DAL POZZO, Francesco Rossi (2013). *Citizenship Rights and Freedom of Movement in the European Union*. Kluwer Law International.

DANIELE, Luigi (2012). *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*. Milano: Giuffrè Editore.

GOTTARDI, Donata (2012). *La libera circolazione dei lavoratori subordinati nell'Unione europea*. Padova: Cedam.

MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo (2008), Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali. Torino, Utet.

NASCIMBENE, Bruno, & DAL POZZO, Francesco Rossi (2012). Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea. Padova: Cedam.

ORLANDINI, Giovanni (2013). Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro, Milano: Angeli.

ORLANDINI, Giovanni, & GIUBBONI, Stefano (2007). La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea: principi e tendenze. Bologna: Il mulino.

RAPIN, Jane (2012). Free Movement of Workers and the Move towards True EU Citizenship. Box MR Limited (Kindle Edition).

SUNSTEIN, Cass R. (1999). Free markets and social justice. Oxford: Oxford University Press.

I DIRITTI DELLA FAMIGLIA E DEI SUOI COMPONENTI NELLA VISIONE EUROPEA

Manuel Giacomazzi

Sommario:

1.- Premessa. La famiglia nel diritto internazionale e dell'Unione Europea.

2.- I principi Europei nel diritto di famiglia.

3.- Le nuove realtà famigliari.

3.1- La situazione italiana.

4.- Famiglia e filiazione.

4.1- La filiazione nel diritto dell'Unione Europea.

4.2- Il nuovo status di figlio nell'ordinamento italiano.

5.- Conclusioni.

Bibliografia.

Abstract in italiano

I DIRITTI DELLA FAMIGLIA E DEI SUOI COMPONENTI NELLA VISIONE EUROPEA

Lo studio del nucleo familiare si presenta estremamente problematico anche in considerazione dell'intrecciarsi di due, spesso contrapposte, esigenze, quella personale che inevitabilmente condiziona in modo rilevante l'interprete a causa della particolarità della materia e quella sociale che insiste sul piano dell'affettività affinché l'evoluzione delle norme giuridiche e della loro interpretazione si faccia portatrice di valori dominanti in un certo momento storico e in un determinato contesto sociale. Che la famiglia sia una delle maggiori istituzioni che da sempre ha determinato forti discussioni nella storia del diritto internazionale è dimostrato ancora oggi dalla imponente tutela giuridica e sociale che possiamo riscontrare in varie convenzioni internazionali. Inoltre si aprono sempre di più ampi orizzonti per nuove forme di famiglia e nuove visioni dei rapporti familiari che modificano le dinamiche interne ed esterne dei nuclei familiari. Dalle leggi sulla filiazione, alle adozioni gay, fino alle nuove formazioni familiari riconosciute attraverso il matrimonio o altre forme giuridiche che tutelano i diritti delle coppie di soggetti dello stesso sesso, riconoscimenti che stanno facendo breccia in paesi dell'Unione Europea, come l'Italia, dove ci sono sempre state poche aperture verso questo tipo di formazioni sociali, o si stanno rafforzando in Stati membri come Francia e Gran Bretagna dove ormai sono radicate.

Resumen en español

LOS DERECHOS DE LA FAMILIA Y DE SUS COMPONENTES EN LA VISIÓN EUROPEA

El estudio de la unidad familiar se presenta extremadamente problemático. Hay que tener en cuenta la interrelación de dos necesidades a menudo contrapuestas: la personal, que inevitablemente condiciona significativamente al intérprete a causa de la particularidad de la materia, y la social, que insiste en el plan de la efectividad, así como en que el desarrollo de las normas jurídicas y su interpretación se hagan portadoras de valores dominantes en un determinado momento histórico y en un determinado contexto social. La familia es una de las principales instituciones que desde siempre ha determinado fuertes debates en la historia del derecho internacional. Esto está demostrado aún hoy por la imponente protección jurídica y social que existe en diversos convenios internacionales. Además, cada vez se abren horizontes más amplios para las nuevas formas de familia. Existen nuevas visiones de las relaciones familiares que modificarán las dinámicas internas y externas de los núcleos familiares. Desde las leyes sobre filiación, las adopciones gay, las nuevas formaciones familiares

reconocidas mediante el matrimonio u otras formas jurídicas. Estos elementos protegen los derechos de las parejas de sujetos del mismo sexo, y están haciendo brecha en países de la Unión Europea, como Italia, donde siempre ha habido pocas aperturas hacia este tipo de beneficios sociales. Además, se están reforzando en Estados miembros como Francia y Gran Bretaña, donde ya están más enraizadas.

Abstract in English

FAMILY LAW IN THE EUROPEAN VISION

The family law is extremely complex to two opposite needs, a personal one that inevitably affects the legislator because of the subject matter and a social one that persists in the affectivity, so that the evolution of the laws and their interpretation carries on the fundamental values at a given time and context. Family is one of the main institutions and has always created important issues in the international law study. That is demonstrated by the social and legal protection present in international conventions. In addition there are also new types of families and new family relationships that are changing the internal and external dynamics of the family household. There is a new face of family, new filiation laws, gay adoptions and new types of families acknowledged by marriages or other legal institutions that protect the rights of the same sex couples. This is taking place in narrow-minded countries like Italy, while in countries like France and Great Britain, they are still a habit.

1. Premessa. La famiglia nel diritto internazionale e dell'Unione Europea.

Il diritto di famiglia rappresenta una delle discipline più discusse e controverse dell'ordinamento giuridico. Lo studio del nucleo famiglia si presenta estremamente problematico anche in considerazione del fatto che è divenuto nella realtà odierna sempre più arduo fornire una definizione certa della famiglia, in quanto è opinione comune che essa non sia un'entità immutabile, ma, al contrario, risenta più di altri istituti dell'evolversi del costume, dei rapporti sociali e politici e del cambiamento che ha caratterizzato i rapporti personali negli ultimi decenni. Se in origine la conoscenza delle strutture famigliari rende tutt'altro che ovvia la famiglia nucleare delle società occidentali, più recentemente l'osservazione delle trasformazioni dell'ultimo secolo elimina qualsiasi residuo di "ovvietà": la presenza sempre più massiccia di coniugi separati che hanno avuto vari figli in diverse relazioni dimostra inequivocabilmente che solo i rapporti personali fra gli individui sono reali; eppure si dà comunemente per scontata l'importanza del matrimonio e della famiglia. La famiglia trova il proprio riconoscimento e la tutela della propria esistenza innanzitutto nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, il cui articolo 16 comma 3 recita che *"La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetto dalla società e dallo Stato."* Altri due articoli della Dichiarazione si occupano di specifici aspetti della famiglia: l'art. 12, ai sensi del quale *"nessun individuo può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia...."*, e ancora l'art. 25. La Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie adottata nel 1990 si preoccupa di garantire i diritti della famiglia di coloro che per motivi di lavoro o altro genere sono costretti a migrare verso Paesi diversi da quello di origine: all'art. 44 infatti la Convenzione sancisce che *"Gli Stati parte, riconoscendo che la famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e dello Stato, prendono le misure appropriate per assicurare la protezione dell'unità della famiglia del lavoratore migrante"*. La Convenzione all'art. 14 stabilisce inoltre che *"nessun lavoratore migrante o membro della sua famiglia può essere oggetto di ingerenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio"*

(...).Ogni lavoratore migrante e membro della sua famiglia ha diritto alla protezione della legge contro tali ingerenze o tali attentati” , definendo così la sacralità della vita privata e familiare del lavoratore e del proprio nucleo familiare. I principi sino ad ora espressi contenuti negli atti internazionali citati vengono ripresi nel Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici del 1966. La disposizione di maggior rilievo in materia di famiglia è l’art. 23, ove con grande solennità si stabiliscono alcuni fondamentali principi legati alla concezione della famiglia, al diritto al matrimonio e alle caratteristiche giuridiche del matrimonio stesso: più precisamente l’articolo recita: *“ La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l’età per contrarre matrimonio. In matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. Gli stati parte del presente patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento”*. Il Patto si preoccupa all’art. 17 di rimarcare come *“Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa”*; successivamente all’art. 24 si occupa della condizione del fanciullo stabilendo che *“ ogni fanciullo, senza discriminazione alcuna fondata su razza, colore, sesso (...) ha diritto a quelle misure protettive che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della società e dello Stato”*. L’obbligo di rispettare e garantire i diritti inviolabili dell’uomo sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali si è esteso anche allo storico istituto della famiglia: in tal senso, si è ritenuto di inserire nella Convenzione adottata a Roma nel 1950 due articoli che si forniscono riconoscimento e tutela alla famiglia e ai suoi componenti, dando particolare rilievo all’elemento del matrimonio quale formula prediletta per il raggiungimento di quella tutela che di diritto spettava alla famiglia. L’art. 12 della Convenzione rubricato *Diritto al matrimonio*, recita: *“ Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto”*. La Convenzione internazionale si preoccupa inoltre di sottolineare il rispetto della vita privata e

famigliare che deve essere libera da ingerenze esterne di qualsivoglia provenienza e che anzi lo Stato e la società hanno il dovere di proteggere (art. 8). La Carta sociale europea del 1991, rivista nel 1996, ha ad oggetto, tra l'altro, la tutela della famiglia con riferimento all'ambito del lavoro e dell'assetto economico. La Carta nella sua prima parte sancisce che *“ Tutte le persone che hanno responsabilità di famiglia e che esercitano o desiderano esercitare un'attività lavorativa hanno diritto di farlo senza essere soggette a discriminazioni e per quanto possibile senza che vi siano conflitti tra il loro lavoro e gli impegni familiari”*. La Carta sociale dedica una norma puntuale alla famiglia, alla sua concezione e alla sua salvaguardia nel mondo del lavoro: l'art. 16 sancisce che *“Per realizzare le condizioni di vita, indispensabili al pieno sviluppo della famiglia, cellula fondamentale della società, le Parti si impegnano a promuovere la tutela economica, giuridica e sociale della vita di famiglia, in particolare per mezzo di prestazioni sociali e familiari, di disposizioni fiscali e d'incentivazione alla costruzione di abitazioni adatte ai fabbisogni delle famiglie, di aiuto alle coppie di giovani sposi, o di ogni altra misura appropriata”*. All'art. 27 troviamo riconosciuto *“il diritto dei lavoratori aventi responsabilità familiari alla parità di opportunità e di trattamento”*. La Carta non dimentica la tutela giuridica, sociale ed economica dei bambini e degli adolescenti, stabilita all'art. 17, ove si sottolinea la necessità di garantirne *“le cure, l'assistenza, l'istruzione e la formazione”*, e di *“assicurare una speciale protezione e l'aiuto dello Stato nei confronti del bambino o dell'adolescente, temporaneamente o definitivamente privato del suo sostegno familiare”*.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, riproclamata nel 2007, si occupa della famiglia nelle sue tre maggiori sfaccettature, quella della famiglia riferita all'ambito della vita privata, quella della famiglia come fondata sull'unione tra due soggetti e quella legata alla visione economico-professionale. In seno all'art. 7 si stabilisce che *“Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”*, legandosi il concetto di famiglia al rispetto e alla garanzia della vita privata a cui ogni singolo individuo ha diritto; l'art. 9 della Carta sancisce il diritto di sposarsi e costituire una famiglia stabilendo che *“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi*

nazionali che ne disciplinano l'esercizio". In fine l'art. 33, legato al riconoscimento giuridico della vita familiare in riferimento al mondo professionale, afferma la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. Si è potuto notare come in molte delle convenzioni internazionali, il diritto al riconoscimento e alla tutela della famiglia sia spesso accostato alla tutela dei minori, sia sul piano giuridico sia su quello sociale ed economico. Non si può non menzionare, su tale versante, la Convenzione internazionale su diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 1989, nella quale si enunciano i principi di riconoscimento, tutela e garanzia dei diritti che spettano ai fanciulli anche in riferimento alla loro posizione all'interno del nucleo familiare: si ricordi, in particolare, l'art. 16 della Convenzione ove si stabilisce che *"Nessun fanciullo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa"*; l'art. 18, ove si afferma che *"Gli Stati parti si devono adoperare al massimo per garantire il riconoscimento del principio secondo cui entrambi i genitori hanno comuni responsabilità in ordine all'allevamento ed allo sviluppo del bambino. Le responsabilità di allevare il fanciullo e di garantire il suo sviluppo incombe in primo luogo ai genitori"*. Per quanto riguarda più precisamente la definizione di famiglia nell'ambito dell'Unione Europea, va detto che negli atti dell'Unione non si riscontra una precisa ed autonoma definizione di matrimonio, ma dall'analisi della giurisprudenza si ricava che le nuove forme di unione familiare non vengono ignorate dal legislatore sovranazionale, che tuttavia rinvia al diritto interno dei singoli Stati membri la qualificazione del rapporto familiare al fine del riconoscimento e della garanzia dei diritti soggettivi dei singoli individui. Le istituzioni dell'Unione hanno, dunque, assunto una serie di posizioni su diverse di tematiche che hanno come sfondo la famiglia, senza tuttavia fornire una precisa definizione della stessa. Si fa riferimento, ad esempio, alle regole e ai principi sulla tutela dell'unità familiare derivanti dal ricongiungimento familiare e dalla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, come enunciate dal regolamento n. 1612/1968, ove all'art. 10, ora abrogato, si dava una nozione di famiglia ai fini comunitari riconoscendo il diritto di stabilirsi - insieme con il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato

sul territorio di un altro Stato membro - al coniuge e ai figli minori di ventuno anni, e ove la nozione di relazione familiare rispecchiava una concezione tradizionale della famiglia, come fondata sul matrimonio di persone di sesso diverso. La Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, divenuta applicabile dal maggio 2006, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro famigliari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che ha abrogato tutti i precedenti regolamenti in materia, oltre a rendere organici i profili relativi alla circolazione delle persone, ha cercato di modernizzare il concetto di famiglia. Nella direttiva, infatti, la nozione di famiglia viene ampliata rispetto a quella sulla quale poggiava la precedente formulazione: il diritto al ricongiungimento non viene riconosciuto solo al coniuge ma anche al partner dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, con il quale sia stata realizzata una unione registrata sulla base della legislazione interna di uno Stato membro, con il limite che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e comunque nel rispetto delle diverse condizioni previste dalle specifiche norme presenti nello Stato membro ospitante. Anche le successive direttive in materia di famiglia, come la direttiva 2003/86, hanno fornito una nozione di famiglia decisamente ristretta e non uniforme, definizioni che non solo restringono entro rigidi confini il concetto di famiglia nucleare, ma che in alcuni casi creano anche seri problemi interpretativi e di coordinamento. Anche il regolamento n. 2001/2003, che pur ha inciso sul vincolo matrimoniale, non ha dato una nozione precisa di famiglia; neppure può dirsi ricompreso il matrimonio omosessuale nonostante, ormai, alcuni ordinamenti come quello spagnolo, belga e inglese lo prevedano a pieno titolo. Si deve evidenziare che in realtà il regolamento non fa alcun riferimento al sesso dei soggetti uniti in matrimonio: nonostante ciò, la Corte di giustizia in una sua risalente decisione si è premurata di precisare che per matrimonio, secondo definizione comunemente accolta negli Stati membri, si intende una *“unione tra persone di sesso opposto”*.

2. I principi Europei nel diritto di famiglia.

Una progressiva attenzione verso il diritto di famiglia si è registrata a partire dagli anni'90 in ambito Europeo. Gli interventi in argomento segnano diverse tappe. Una prima fase, iniziale è stata caratterizzata dall'emanazione di Risoluzioni, quali atti

non vincolanti, attinenti direttamente o indirettamente ai temi della famiglia. A questa prima fase, sono seguiti strumenti di maggiore forza, tra cui le iniziative dell'Unione Europea, in materia di diritto internazionale privato sullo scioglimento del matrimonio, sul mantenimento, sul regime dei beni, oltre che nell'ambito del diritto al nome e sulla cittadinanza europea nonché in materia successoria. A queste si aggiungono quelle del Consiglio d'Europa, su adozione e tutela dei soggetti incapaci, e della Commissione internazionale sullo stato civile sul riconoscimento delle convivenze registrate. Specificatamente, l'intervento delle istituzioni europee nella materia del diritto di famiglia trova il suo fondamento nella considerazione che le stesse libertà di circolazione intraeuropee possono meglio essere assicurate, se il soggetto che ne beneficia ha la certezza di vedersi riconosciuto il suo *status* personale e i suoi rapporti familiari anche in altri Stati membri. La strada che si è sin qui percorsa per giungere a un coordinamento delle varie legislazioni nazionali in materia di famiglia è stata piuttosto lunga e ancora non è completata, in primo luogo perché non è nel potere del legislatore europeo modificare o intaccare modelli culturali radicati e ancora condivisi; inoltre, nonostante l'intensificarsi del dibattito dell'europeizzazione del diritto di famiglia e il crescente numero di interventi per una soluzione europea, la creazione di una base comune è ancora limitata a settori ristretti e specifici. Infine, come conferma l'attività interpretativa della Corte di Giustizia Europea, all'applicazione delle norme di fonte europea non si antepone un modello di famiglia, ma si prende atto della pluralità degli schemi normativi nazionali e, in funzione dell'oggetto, si esclude la possibilità di una prevalenza impositiva di fonte europea.

3. Le nuove realtà familiari.

Prendendo le mosse da un passo della relazione annuale del presidente della Corte Costituzionale, Franco Gallo, il quale riprendendo la motivazione della sentenza n. 138/2008, rammentava che anche le unioni tra persone dello stesso sesso spetta: *“ il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia...il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”*, un riconoscimento che viene quindi affidato alla discrezionalità del legislatore nazionale quanto ai modi e ai limiti, ma che è costituzionalmente obbligato nella sua effettiva attuazione (GILDA FERRANDO, 2014). Il

tratto che accomuna queste “nuove famiglie” è il fatto che l’attenzione si concentra non sul dato formale ma sulla significatività dei rapporti sostanziali. Le nuove famiglie sono caratterizzate dall’effettività delle relazioni esistenti tra i componenti e la tutela che viene richiesta parte dal valore e dal significato della vita privata e familiare che si svolge nelle stesse. La considerazione per la vita familiare, per l’effettiva esistenza delle relazioni si accentua in presenza di un minore, attorno al quale finisce, poi, per ruotare tutta l’attenzione del mondo degli adulti e la forma delle relazioni sbiadiscono piano piano perchè tutta la concentrazione è spostata sul bambino. Possiamo tranquillamente affermare che i nuovi modelli familiari sono ormai presenti nella vita di tutti i giorni, anche nel nostro paese, ma non nella legge anche se non sono rapporti irrilevanti per il diritto; la loro disciplina, infatti, attinge da fonti diverse sia giurisprudenziali che da legislazioni speciali di settore. Per questa via non è tuttavia possibile ottenere la formalizzazione del rapporto di coppia alla quale alcune delle nuove famiglie ambiscono; specie le coppie dello stesso sesso le quali, al di là del riconoscimento di singoli diritti e tutele, la preoccupazione più grande e proprio quella al riconoscimento della pari dignità del vincolo di amore e solidarietà che le anima e la cui mancanza viene definita quale intollerabile discriminazione. Le coppie dello stesso sesso, infatti, rivendicano il diritto di sposarsi come diritto fondamentale, il riconoscimento di tale diritto o quello ad una unione formalizzata è stato sollecitato più volte dal Parlamento Europeo¹ nell’assunto che il diritto di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito a tutti senza discriminazioni di sorta, compresa quella derivante dall’orientamento sessuale. La stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione all’art. 9 dispone che “ *il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio*”; non solo, dunque, il diritto di sposarsi viene riconosciuto in modo disgiunto da quello di fondare una famiglia ma cade anche il riferimento alla diversità di sesso tra gli sposi, contenuto nell’art. 12 della Convenzione Europea. Così interpretando, si apre la via al riconoscimento delle coppie omosessuali

¹ Risoluzioni 8/02/1994, 16/03/2000 e 4/09/2003.

e dello stesso matrimonio tra persone gay. La Corte di Strasburgo² ha riconosciuto alle coppie omosessuali anche il diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 CEDU, stabilendo che la tipologia di unione che si viene a formare tra soggetti dello stesso sesso costituisce a tutti gli effetti una famiglia ai sensi della Convenzione, ha inoltre dato una interpretazione innovativa ed evolutiva dell'art. 12, in relazione all'art. 9 della Carta di Nizza, tale per cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie formate da individui dello stesso sesso (*same sex*). Stando, dunque, a quanto disposto dalla Corte il margine di discrezionalità su tale argomento è decisamente ristretto in quanto essi possono scegliere le modalità attraverso cui assicurare la tutela ed il riconoscimento dell'unione di coppie *same sex*. Sempre più numerosi sono i paesi Europei e non³ che hanno previsto nella loro disciplina interna sulla famiglia il matrimonio delle coppie dello stesso sesso nell'assunto che il principio di eguaglianza e di pari dignità solo così possa essere pienamente garantito ed attuato (GILDA FERRANDO, 2014). Quando si parla di nuove realtà familiari non si può non fare riferimento a quelle che potremmo definire "*famiglie ricomposte*", al cui interno si instaurano nuovi e intrecciati rapporti tra terzi genitori e figli dell'altro o fratelli acquisiti. Questo nuovo modello di famiglie costituiscono una sfida ai modelli socio-culturali del matrimonio e della famiglia tradizionale, mettono in crisi l'ideale monogamico tipico della tradizione, ed anche quello della esclusività dei rapporti parentali. Ci obbligano, quindi, a constatare che non esiste più un'unica nozione di famiglia, che essa si presenta sempre più in termini di storicità e di relatività (P. RESCIGNO, 2012). Guardando realisticamente a queste nuove famiglie, senza idealizzarle ma neppure demonizzandole, dobbiamo chiederci, prima di ogni altra cosa, quale approccio il diritto deve avere nei loro confronti e che tipo di tutele e riconoscimento deve avere sul piano giuridico così da poter garantire la protezione di tutti quei nuovi e particolari rapporti personali, affettivi e sociali che si vengono a creare all'interno di queste strutture familiari che spesso sono molto complesse e numerose.

² Corte EDU nel caso *Shalk and Kopf contro Austria* del 24 giugno 2010.

³ Alcuni esempi sono la Francia nell'aprile 2013, l'Inghilterra e il Galles nel luglio 2013, il Canada nel 2005, l'Argentina nel 2010 e l'Uruguay nel 2013.

3.1 La situazione italiana

Il codice civile italiano non indica espressamente la differenza di sesso tra i requisiti per contrarre matrimonio, implicitamente, però, esso viene inteso come unione di un uomo e di una donna; tale paradigma risulta in particolare dalle norme che menzionano espressamente il marito e la moglie quali attori dell'unione matrimoniale (art. 107, 108 c.c.), del rapporto coniugale (art. 143 c.c.) e della generazione dei figli (art. 231 c.c. ss.). La Corte Costituzionale ha stabilito che il mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale non contrasta con l'art. 3 e 29 Cost. (DAL CANTO e ROMBOLI, 2010) è però anche vero che la Costituzione non lo vieta espressamente, secondo alcuni, quindi, il riconoscimento della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio implicherebbe il riferimento ad un contenuto minimo essenziale del matrimonio, in cui sarebbe compresa anche la diversità di sesso tra gli sposi; secondo altri l'art. 29 Cost. non impone un dato modello di famiglia, ma consente una lettura evolutiva di tale concetto. Quest'ultima visione è quella che ha fatto propria la Corte di Strasburgo, più ambigua è stata, invece, la motivazione della nostra Corte Costituzionale, mentre più esplicita è stata la Corte di Cassazione⁴ nel riconoscere al legislatore la piena discrezionalità nello scegliere tra un modello matrimoniale o per altri tipi di riconoscimento giuridico (FERRARI e FIORATO, 2012). Con la sentenza n. 138 del 2010 la Corte Costituzionale italiana ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata ma ha lasciato interessanti aperture per quello che riguarda le unioni di fatto, comprese quelle tra persone dello stesso sesso, incluse così a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. e alle quali spetta *“il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone.....il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”*. Anche in mancanza di un preciso intervento legislativo, dunque, l'interpretazione fornita della Corte può avere rilevanti conseguenze sul diritto applicato, sia per quello che riguarda le questioni inerenti situazioni che hanno profili di internazionalità come ad esempio il ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi o il diritto dei cittadini europei di trasferirsi con il proprio coniuge o partner in un altro paese dell'Unione, sia per quanto riguarda il

⁴ Corte di Cassazione sentenza n. 4184 del 15/03/2012.

riconoscimento delle unioni e la disciplina dei rapporti al loro interno e nei confronti di terzi. Da subito le coppie di fatto posso dunque *“adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata”*. La Corte Costituzionale ha quindi ritenuto che l’art. 29 Cost. faccia esclusivamente riferimento al matrimonio tra uomo e donna ed ha considerato non discriminatoria l’esclusione del matrimonio omosessuale, in quanto le unioni omosessuali *“non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*, l’art. 29 Cost., osserva la Corte *“non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto”*. Nel contempo, però la sentenza ammette che il modello di famiglia cui la Costituzione fa riferimento non può considerarsi *“cristallizzato”* con riferimento all’epoca in cui la costituzione entrò in vigore, escludendo in tal modo il riferimento ad un immutabile diritto di natura, anzi il significato normativo riconosciuto all’art. 29 Cost. è quello di garantire alla famiglia una sfera di autonomia al riparo da ingiustificate ingerenze del legislatore. Il fatto che il giudice costituzionale sia giunto alla conclusione che la famiglia fondata sul matrimonio sia intesa dalla Costituzione come riferita alle sole unioni fra persone di sesso opposto e che, quindi, le norme del codice civile che in qualche modo escludono il matrimonio omosessuale possano essere ritenute conformi a Costituzione, non significa automaticamente che tale unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso sia da ritenersi incostituzionale. Tracciare le linee della trasformazione è compito che la Corte riserva al Legislatore, al quale riconosce ampi margini discrezionalità. Come già ricordato in precedenza questa lettura della motivazione sembra trovare conferma nella sentenza della Corte di Cassazione secondo la quale da un lato *“la sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010 ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso”*, dall’altro il riconoscimento e la garanzia di tale diritto fondamentale, *“in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento”*, questa interpretazione sostiene la Corte *“trova conferma nell’art. 12 della CEDU e 9 della Carta”*, i quali riservano alla disciplina legislativa dei singoli Stati membri la garanzia di tale diritto. Questa è stata la linea tenuta anche dal Conseil Constitutionnel francese nella pronuncia del 28 gennaio 2011,

mantenendo così sull'argomento una posizione prudente che è successivamente sfociata, utilizzando quell'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri, nella promulgazione della legge sui matrimoni omosessuali, esattamente così come è avvenuto anche in Inghilterra. Con una pronuncia considerata di portata storica in questo argomento, la Corte Europea ritiene che avuto riguardo all'art. 9 della Carta di Nizza, non si può più sostenere che *"il diritto di sposarsi sancito dall'art. 12 CEDU debba essere limitato in ogni circostanza al matrimonio tra persone di sesso opposto"*. Si deve tuttavia tenere conto della varietà di culture, di modi di intendere il matrimonio esistenti nei diversi paesi, la Corte ritiene di non poter sostituire il suo giudizio a quello delle competenti autorità nazionali; si deve, dunque, riconoscere un ampio margine di discrezionalità agli Stati sui modi in cui intendono assicurare la tutela delle coppie *same-sex*. Non si tratta, quindi, di ragionare se garantire o meno tale diritto, che ormai è sancito e definito dalla Stessa Corte Europea, ma sul modo attraverso il quale ogni singolo Stato membro intenda definire la tutela a questo diritto. La Corte Europea, inoltre, con un'altra affermazione innovativa ha offerto una nozione di famiglia che comprende fundamentalmente anche le coppie dello stesso sesso, la tutela di queste coppie, infatti, non ricade più soltanto nell'ambito del rispetto della vita privata, ma in quello del rispetto della vita familiare che gli Stati debbono garantire sia pur con ampia discrezionalità quanto ai tempi di tale realizzazione ed al tipo di *status* riconosciuto ai partner. Questa visione apre la strada ad un'altra possibilità che si affianca a quella dei matrimoni e cioè le unioni registrate; questa è stata la strada percorsa da alcuni Stati tra cui la Germania con la legge del 16 febbraio 2001 modificata poi nel 2004 e ancora nel 2009, l'Austria con la legge del 1 gennaio 2010. Questa strada dovrà prima o poi essere percorsa anche dall'Italia se non vuole incorrere in inadempienze costituzionali ed europee. Il fatto che in Italia non sia riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso costituisce un ostacolo al riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero. È argomento di recente interesse politico e giuridico quello della impossibilità di trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, molti sindaci ormai stanno procedendo a queste trascrizioni, considerate non tanto contrarie all'ordine pubblico o inesistenti quanto

inefficaci, in altri termini, non c'è più una barriera insuperabile, di principio o natura, ma un limite derivante dal diritto vigente, probabilmente modificabile in futuro.

4. Famiglia e filiazione

Il diritto internazionale pattizio non riconosce alcuna distinzione fra figlio nato in costanza di matrimonio e figlio nato fuori dal matrimonio, lo status di figlio, dunque, risulta essere unico e sufficiente ad attribuire alla persona-figlio, diritti e doveri nei confronti della famiglia, dei genitori prima di tutto, e della società poi. La condizione del figlio all'interno della famiglia è, nel diritto internazionale, collocata nell'alveo del più ampio concetto di tutela dei minori, tale prerogativa è oggetto dell'attenzione di tutte le organizzazioni internazionali fra cui l'ONU, la conferenza dell'Aja, del Consiglio d'Europa e tante altre. Si ricordi per esempio l'adozione della Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 da parte delle Nazioni unite, defluita successivamente nella convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989, nella quale si riconosceva il ruolo fondamentale dei genitori l'esistenza di alcuni diritti e doveri connessi al rapporto familiare, accanto all'affermazione del principio di non discriminazione dei fanciulli nel godimento dei diritti enunciati dalla Dichiarazione stessa (DE MAESTRI, 2013). Il primo principio espresso dalla Dichiarazione dice che i diritti attribuiti ai minori in forza delle disposizioni della carta devono essere riconosciuti a tutti i fanciulli senza eccezione alcuna, e senza distinzione e discriminazione fondata, fra l'altro, sulla nascita o su ogni altra condizione che si riferisca al fanciullo stesso o alla sua famiglia. Risulta evidente come una tale affermazione debba portare gli stati membri delle nazioni unite, se non ad una parificazione assoluta della posizione di figli legittimi e figli naturali nell'ordinamento interno, quantomeno ad una sostanziale parificazione delle posizioni con riferimento al godimento dei diritti che discendono dall'applicazione della Dichiarazione. Molte sono state dagli anni sessanta ad oggi le convenzioni dedicate ai diritti dei minori e dei figli come la convenzione di Roma del 1961, la convenzione di Bruxelles del 1962, l'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo di San José de Costa Rica del 1969 fino alla più nota Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, in cui vengono sanciti i principi inerenti alla tutela dei minori che ancora oggi fungono da parametro

fondamentale per le legislazioni nazionali. Oltre all'art. 2 della Dichiarazione dove si sancisce che tutti i diritti enunciati nella carta sono rivolti a tutti i fanciulli senza alcuna distinzione *"in base alla razza, colore, sesso, lingua, religione.....nascita o ogni altra circostanza che riguarda il fanciullo, i suoi genitori o rappresentanti legali"*, si deve prestare attenzione al preambolo della convenzione, dove si evidenzia il ruolo fondamentale della famiglia nella società e nella tutela dei minori e si riconoscono alcuni diritti specificatamente dedicati al fanciullo-figlio a cui corrispondono dei doveri facenti capo alle autorità pubbliche e agli adulti-genitori. Più precisamente, l'art. 3 prevede che gli Stati debbano accordare la protezione adeguata del minore in considerazione del ruolo rivestito dai genitori; l'art. 5 stabilisce il diritto-dovere dei genitori di orientare il minore nell'esercizio dei diritti a lui riconosciuti; l'art. 10 sancisce il diritto alla bi-genitorialità, ad oggi considerato principio essenziale nei rapporti familiari; l'art. 18, in fine, enuncia il principio di responsabilità comune dei genitori per l'educazione del figlio e la necessità di perseguire il superiore interesse del minore nella crescita del fanciullo. Si può concludere dicendo che due sono i grandi principi, ripresi poi a livello europeo e affermati dai legislatori nazionali, che costituiscono la base di tutte le attività internazionali in materia di tutela dei diritti dei minori e cioè: a) il necessario perseguimento del superiore interesse del minore nelle procedure che lo riguardano e nell'indirizzo della sua personalità da parte dei genitori e b) il diritto alla bi-genitorialità, ovvero il diritto del bambino ad intrattenere regolari rapporti con entrambi i genitori a prescindere dalla natura del legame di filiazione.

4.1 La filiazione nel diritto dell'Unione Europea

Parallelamente all'operato delle Nazioni Unite anche le organizzazioni Europee hanno avvertito la necessità di affermare il principio di non discriminazione con riferimento alla *status* di figlio, così nel 1975 il Consiglio d'Europa promuoveva l'adozione della convenzione europea sulla *status* giuridico dei minori nati fuori dal matrimonio e ancora nel 1996 il consiglio ha elaborato la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, nel cui preambolo si sottolinea la rilevanza del ruolo dei genitori senza distinzione fra famiglia legittima o di fatto, nella formazione del fanciullo, per poi affermare il principio della tutela del supremo interesse del minore in

tutti i procedimenti giurisdizionali che lo interessano, in particolare quelli inerenti la responsabilità genitoriale (TOMMASI, 2010). Particolare rilevanza, poi, merita la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza della Corte EDU sullo *status* di figlio negli ordinamenti che vi hanno aderito. Nonostante il testo della Convenzione non preveda diritti in capo al minore in quanto figlio, l'art. 8, dedicato al rispetto della vita privata e familiare (FERRANDO, 2012), ha prestato il fianco a numerose pronunce che insistono sul rapporto fra genitori e figli, portando all'affermazione di alcuni principi destinati ad incidere profondamente su diritti nazionali in materia (FRANZINA, 2011). La Corte EDU nel corso degli anni ha osservato che la vita familiare che coinvolge genitori e figli si instaura al momento stesso della nascita del figlio e per il solo fatto del legame biologico intercorrente fra i diversi soggetti coinvolti, senza che su tale rapporto incida la mancanza di un vincolo giuridico fra i genitori o la coabitazione del nucleo familiare. In altri termini, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo porta a ritenere illegittime quelle normative nazionali che operano una sostanziale discriminazione fra figli nati in costanza di matrimonio e figli naturali, senza però che tale assunto comporti la totale equiparazione delle due posizioni; gli articoli 8 e 14 CEDU non precludono agli Stati di supportare la famiglia tradizionale quale base di sviluppo della società, bensì impediscono che vengano attuate misure aventi l'obbiettivo o l'effetto di creare uno squilibrio tale da portare i membri della famiglia naturale al mancato godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione (DE MAESTRI, 2013). Nel momento in cui l'Unione europea si è dotata di un proprio catalogo dei diritti fondamentali, che con il Trattato di Lisbona finalmente ha acquistato valore giuridico, essa ha ripreso il contenuto di molte disposizioni già introdotte dalle convenzioni internazionali in materia di diritti umani e in particolare della CEDU. Un cenno particolare meritano, sul tema, le norme adottate in attuazione del principio di libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione Europea, laddove disciplinano l'istituto del ricongiungimento familiare (QUEIROLO, SCHIANO DI PEPE, 2007). Per quanto riguarda i cittadini europei che esercitano la libertà di circolazione e quindi si spostano da uno stato all'altro diverso da quello di origine, la direttiva 2004/38 dispone che possono godere del ricongiungimento

familiare *“i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico”*, senza operare alcuna distinzione fra figli nati in costanza di matrimonio e figli naturali. Per quello che riguarda, invece, i cittadini extra-comunitari si rileva che per il medesimo istituto esiste una differenziazione di regime e un margine di operatività della discrezionalità statale in merito all'ingresso dei figli (SAULLE, MANCA, 2006). Un'ultima considerazione merita la situazione del tutto particolare dei figli generati in costanza di matrimonio poligamico, se da un lato è evidente ed assodato che questo istituto non è riconosciuto da nessuno dei diversi Stati membri, essendo ammesso il ricongiungimento familiare soltanto nei confronti di una moglie, la stessa unitarietà di approccio non è riscontrabile con riferimento ai figli. La direttiva, dunque, segue un approccio rispettoso delle autonomie nazionali, prevedendo che siano gli Stati membri a decidere se autorizzare la riunificazione familiare per i figli minori di un altro coniuge in caso di matrimoni poligamici.

4.2.- Il nuovo status di figlio nell'ordinamento italiano.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva mantenuto una distinzione fra i figli nati in costanza di matrimonio e i figli nati al di fuori di una unione coniugale, garantendo ai primi un trattamento di maggior favore seppure in conformità con il principio di eguaglianza sostanziale sancito dalla Costituzione in forza dell'articolo 30 Cost., infatti, il legislatore tendeva all'equiparazione fra prole legittima e prole naturale nel rispetto della cosiddetta *“clausola di compatibilità”*, che lo legittimava a mantenere alcune differenziazioni in virtù del temperamento degli stessi interessi della famiglia legittima. Questa diversità di trattamento dei figli, un tempo giustificata dal valore e dal ruolo riconosciuto alla famiglia legittima nella società, inizia sempre più a perdere fondamento, fino a diventare oggi totalmente anacronistica, nel momento in cui si affermano modelli di vita familiare non più tradizionali e si moltiplicano i casi di scioglimento del vincolo coniugale parallelamente alla costituzione di nuove famiglie di fatto da parte degli ex coniugi. L'insieme delle spinte alla parificazione fra i figli provenienti dall'ambiente internazionale e dagli strumenti di diritto dell'Unione Europea ha fatto maturare anche nel legislatore italiano l'esigenza di un radicale segno di cambiamento; l'attuazione del principio di non discriminazione fra i figli non poteva

essere l'asciato all'interprete ma necessitava di un intervento normativo (POCAR – RONFANI, 2006). Con la legge n. 219 del 10 dicembre 2012 dal tema Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, si è inteso eliminare qualsiasi forma di discriminazione tra prole legittima e naturale, riportando all'unicità lo status di figlio in conformità con le direttive provenienti dal panorama internazionale ed europeo. La legge apporta modifiche alle disposizioni in materia di filiazione contenute nel Codice Civile con riferimento a: 1) stabilimento del legame di parentela fra figlio naturale e famiglia del genitore; 2) figli non riconoscibili; 3) legittimazione passiva per la dichiarazione di paternità/maternità naturale; 4) stato giuridico dei figli; 5) diritti e doveri dei figli; 6) competenza giurisdizionale e riparto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale dei minorenni e in fine 7) nome dei figli.

5. Conclusioni

L'analisi svolta nell'elaborato ha consentito di tracciare un quadro complessivo della situazione relativa alla famiglia in Europa e in Italia, tematica risultata assai complessa in ragione degli interessi opposti che emergono. Da una parte si è registrato l'interesse di alcuni a costituire un nucleo familiare libero da vincoli dal quale si possa recedere *ad nutum*, dall'altra l'esigenza di formare una famiglia alternativa basata sulla scelta quotidiana di stare insieme. E ancora la famiglia di fatto è vista come l'unica possibile forma di famiglia per chi, come gli omosessuali, si vedono preclusa la possibilità di costituire una famiglia legittima. La famiglia legittima non è più l'unica forma di aggregazione familiare possibile. Si sono quindi cercati appigli nella nostra Carta costituzionale per dare riconoscimento a quei nuclei di fatto, sempre più diffusi nel nostro Paese come nel resto mondo. Si è partiti dall'analisi dell'art. 29 Cost., nel quale non è stata rinvenuta alcuna chiusura nei confronti della famiglia di fatto, per poi passare agli articoli seguenti, artt. 30, 31 Cost., i quali assicurando tutela alla famiglia in tutte le sue forme ed equiparando i figli naturali ai legittimi, lasciano intravedere un'apertura del sistema costituzionale alla famiglia in ogni sua forma. Attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost. si è poi trovato definitivamente il riconoscimento della famiglia di fatto e dei diritti dei singoli componenti all'interno delle "formazioni sociali".

Nell'ambito del presente lavoro è stato obbligatorio volgere lo sguardo alla situazione europea. Si è evidenziato il limite delle competenze degli organi europei in materia di diritto di famiglia, dovuto al fatto che gli ordinamenti nazionali hanno preferito non demandare all'Unione la disciplina di una materia ancora troppo legata alle tradizioni culturali nonché etico-religiose della società di ciascuno Stato. Una limitazione di competenze non può però tradursi in disinteresse; gli organi dell'Unione europea non hanno rinunciato in materia di unioni di fatto all'adozione di alcuni atti. Ai fini della trattazione è stato inoltre molto interessante eseguire una comparazione della nostra situazione con quella di altri Stati membri. Alcuni Paesi hanno adottato leggi applicabili soltanto alle persone conviventi di sesso diverso; altri, leggi applicabili a tutte le convivenze, sia di persone di sesso diverso che dello stesso sesso (è il caso della Francia); poi, ancora, alcuni Stati hanno predisposto un corpo legislativo applicabile soltanto alle convivenze delle persone dello stesso sesso, come ad esempio nella Repubblica federale di Germania. Da ultimo si annoverano i Paesi che hanno emanato leggi che hanno consentito alle persone dello stesso sesso di unirsi in matrimonio. Lo scenario si completa con uno sguardo alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Si ritiene, dunque, necessario e fondamentale che il legislatore nazionale si adoperi concretamente per adeguare la legislazione al mutamento dei costumi sociali e si auspica inoltre un riconoscimento della famiglia di fatto, anche omosessuale.

Bibliografia.

AULETTA T., *Famiglia e matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2005

COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., *Diritti Lineamenti di Diritto Costituzionale Dell'unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2010

FORDER V. C., *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2000, 107 ss.

GROPPI T., *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*, Jovene, Napoli, 2010

POCAR V. – RONFANI P. , *La famiglia e il diritto*, La Terza, Roma-Bari, 2006

ROLLA G., *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2010

SESTA M. – CUFFARO V., *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Jovene, Napoli, 2006

TAVANO F., *La Famiglia di Fatto*, Edizioni FAG, Milano, 2010

TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE, INSTRUMENTOS DE MERCADO Y UNIÓN EUROPEA

María del Carmen Cámara Barroso

Universidad de Jaén

Sumario:

- 1.- La protección del medio ambiente y el artículo 45 de la Constitución Española
- 2.- La utilización del sistema fiscal con fines de protección medioambiental
- 3.- Los principios inspiradores de la política ambiental de la Unión Europea ante el mercado único o interior
- 4.- La idoneidad de los instrumentos fiscales para su utilización en la protección del medio ambiente

Bibliografía

Resumen en español

TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE, INSTRUMENTOS DE MERCADO Y UNIÓN EUROPEA

El artículo 45 de la Constitución Española incluye, dentro de su catálogo de derechos económicos y sociales, el derecho al medio ambiente. En dicho artículo se recoge tanto el derecho a disfrutar del medio ambiente como el deber de conservarlo, al tiempo que se atribuye a los poderes públicos la obligación de promoverlo y restaurarlo y de velar por un uso racional de los recursos naturales.

Existe un vasto abanico de instrumentos de distinta naturaleza – administrativa, penal o tributaria- que pueden ser utilizados por éstos para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 45, esto es, para poder encauzar los actos de los sujetos sobre los que se quiere incidir. En particular, el tributo puede ser un instrumento más que idóneo para lograr determinados objetivos constitucionales de interés público.

A día de hoy, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el eje central de la política medioambiental de la Unión Europea queda recogido en el Título XX del TFUE (artículos 191, 192 y 193). Entre los principios rectores de la política de la Unión Europea en materia de medio ambiente debemos destacar el principio de “quien contamina, paga”, cuya finalidad es hacer recaer en el agente contaminador la responsabilidad económica del daño causado a la sociedad. Es obvio que, bajo esta definición, el principio “quien contamina, paga” anima a la creación de tributos ambientales que permitan, vía incremento de la presión fiscal y su reflejo en el precio de los productos que constituyen su objeto, la imputación de los costes de su actuación a los causantes del perjuicio.

En este contexto, trataremos de verificar hasta que punto ha sido posible adaptar el objetivo de tutela medioambiental con la realización del mercado único a nivel europeo o con los principios materiales de justicia tributaria –artículo 31 CE- a nivel nacional.

Abstract in italiano

TUTELA DELL'AMBIENTE, STRUMENTI DI MERCATO ED UNIONE EUROPEA

L'articolo 45 della Costituzione spagnola include tra i suoi diritti economici e sociali, il diritto all'ambiente. Tale articolo comprende sia il diritto di godere l'ambiente che il dovere di preservarlo. Nello stesso tempo, il suddetto articolo attribuisce ai poteri pubblici l'obbligo di promuovere e garantire l'uso razionale delle risorse naturali.

Vi è ampio elenco di strumenti (amministrative, penali o tributari) che possono essere utilizzati dai poteri pubblici per compire con il mandato costituzionale contenuto nell'articolo 45. In particolare, a nostro avviso,

i tributi possono essere strumenti adeguati per raggiungere detto obiettivo.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il nucleo della politica ambientale dell'Unione europea è contenuto nel titolo XX del TFUE (articoli 191, 192 e 193). Tra i principi della politica ambientale dell'Unione europea dobbiamo sottolineare il principio di "chi inquina paga", secondo il quale l'imposta ambientale deve colpire il soggetto che inquina. Ovviamente, sotto questa definizione, il principio "chi inquina paga" incoraggia la creazione di tributi ambientali.

In questo contesto, cerchiamo di verificare fino a che punto è stato possibile adattare l'obiettivo di tutela ambientale con il completamento del mercato unico europeo (a livello europeo) o dei principi tributari-Articolo 31 Costituzione Spagnola-(a livello interno).

Abstract in English

ENVIRONMENTAL PROTECTION, MARKET-BASED INSTRUMENTS AND EUROPEAN UNION

Article 45 of the Spanish Constitution provides, within its "principles governing Economic and Social Policy", environmental rights. Article 45 includes both the right to enjoy an environment suitable for the development of the person and the duty to preserve it. In addition, the public authorities shall watch over a rational use of all natural resources with a view to protecting and improving the quality of life and preserving and restoring the environment.

There are different instruments that can be use by the public authorities to achieve these goals contained in the Article 45 in order to influence the customer behaviour. In particular, taxes may be a suitable instrument to achieve this constitutional objective.

After the entry into force of the Lisbon Treaty, the core of the environmental policy of the European Union is under Title XX TFEU. Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay. The polluter pays principle is enacted to make the party responsible for producing pollution responsible for paying for the damage done to the environment. Obviously, under this definition, the polluter pays principle encourages the creation of environmental taxes.

In this context, our aim is to verify if it is possible to coordinate the objective of environmental protection with the completion of the single European market (European level) or the Constitutional principles of taxation (national level).

1.- La protección del medio ambiente y el artículo 45 de la Constitución Española

El artículo 45 de la Constitución Española (en adelante, CE) configura el medio ambiente como un bien jurídico digno de protección constitucional¹:

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

De la lectura de dicho precepto constitucional se extrae la conclusión de que en el artículo 45 CE se recoge tanto el derecho a disfrutar del medio ambiente como el deber de conservarlo, al tiempo que se atribuye a los poderes públicos la obligación de promoverlo y restaurarlo y de velar por un uso racional de los recursos naturales.

Este mandato, dirigido a la protección y conservación del medio ambiente, se inserta dentro del Capítulo III del Título I de la CE, relativo a los «principios rectores de la política social y económica»². En este contexto, el apartado tercero del artículo 53 CE establece lo siguiente: *«el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen».*

¹ En el mismo sentido, dentro del Ordenamiento jurídico italiano, el artículo 9.2 de la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947 señala que *«la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»*. Aunque en dicho precepto no se haga referencia expresa al medio ambiente, de su lectura se extrae que la tutela del paisaje queda dotada de una cierta protección constitucional. En la práctica, las únicas constituciones que contienen una referencia explícita a la protección y conservación del medio ambiente son las de elaboración más reciente, esto es, las que fueron promulgadas con posterioridad al final de la Segunda Guerra Mundial.

² Es precisamente esta configuración como principio rector de la política social y económica lo que lleva a BORRERO MORO (1999: 24) a afirmar que esta calificación rechaza la pretendida naturaleza subjetiva del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

Pues bien, de la lectura conjunta de los artículos 45 y 53 CE, se extrae la conclusión de que la tutela del medio ambiente incumbe a todos los poderes públicos sin excepción. Siendo así, como ya señalara el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 102/1995, de 26 de junio de 1995, «*se configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección*».

En este contexto, consideramos que existe un vasto abanico de instrumentos de distinta naturaleza -administrativa, penal o tributaria- que pueden ser utilizados por los poderes públicos para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 45 CE, esto es, para poder encauzar los actos de los sujetos sobre los que se quiere incidir. En este sentido, el Fundamento Jurídico 3º de la STC 199/1996, de 3 de diciembre de 1996, afirma que «*el Derecho español, por su propio impulso y por el que le confieren las disposiciones de Derecho comunitario, ha desarrollado un importante corpus normativo para la protección del medio ambiente*». Sin embargo, también en la STC 199/1996, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) recuerda que la mayoría de esas normas establecen primordialmente medidas de carácter administrativo (que, por ejemplo, fijan niveles máximos de contaminación o la calidad mínima de los bienes ambientales) y penal que tratan de influir directamente en el comportamiento de los contaminadores, ejerciendo una acción directa sobre ellos. Aun así, como veremos a continuación, en los últimos años una de las principales herramientas de protección ambiental ha sido la ofrecida por el sistema fiscal -mediante la utilización de tributos que permiten internalizar los costes ambientales-.

Por último, pese a que es cierto que a día de hoy el medio ambiente goza de una importante cobertura constitucional recogida en el artículo 45 CE, nos parece interesante incidir en el hecho de que, en la actualidad, dicha noción sigue siendo un concepto jurídico indeterminado y que, en consecuencia, para su concreción se debe acudir a la labor interpretativa del TC³. En este sentido, podemos fijarnos en la ya citada STC 102/1995 donde se indicaba que el medio ambiente «*consiste en el*

³ BELTRÁN DE FELIPE Y CANOSA USERA(1995: 42) consideran que, no siendo fácil identificar jurídicamente el contenido del medio ambiente, «*los preceptos constitucionales no bastan para sostener ante un tribunal o ante cualquier otro poder público la pretensión subjetiva (...) al disfrute del medio ambiente*».

conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida».

Siendo así, en lo que aquí interesa, podemos definir el medio ambiente como un bien jurídico integrado por recursos naturales y otros factores cuyo equilibrio es necesario para la vida. Así pues, consideramos que el mandato constitucional recogido en el artículo 45 CE, en cuanto principio programático, necesitará, para poder convertirse en operativo, de una intervención legislativa que concrete dichos postulados.

2.- La utilización del sistema fiscal con fines de protección medioambiental

Inmersos en el escenario que acabamos de describir, consideramos que una de las posibles herramientas con las que cuentan los poderes públicos para poder dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en el artículo 45 CE podría ser la articulación de medidas fiscales que incidiesen sobre aquellos comportamientos lesivos para el medio ambiente. De esta forma, nos parece que el tributo puede ser un instrumento más que idóneo para lograr determinados objetivos constitucionales de interés público⁴.

Además, en lo que a la posibilidad de la utilización de los tributos para dar cobertura a lo establecido en el artículo 45 CE incumbe, el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) señala lo siguiente: *«los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica y general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución».*

De esta forma, en consonancia con este artículo, podemos considerar que los tributos, además de coadyuvar al sostenimiento de los gastos públicos, pueden

⁴ Siguiendo a CASADO OLLERO (1992: 184) podemos afirmar que «la diversificación de los fines y funciones a los que debe servir la actividad financiera y la correlativa funcionalidad de la Hacienda Pública, si bien no está expresamente reconocida en nuestro Ordenamiento constitucional, se desprende inequívocamente de la cláusula del Estado social y de los principios rectores de la política social y económica, en cuyo reconocimiento, respeto y protección están comprometidos los poderes públicos».

utilizarse para dar cumplimiento a objetivos de distinta naturaleza, siempre que gocen de cobertura constitucional.

En la práctica, esta afirmación implica la existencia de unos tributos cuya finalidad primordial no es la de obtener recursos con los que financiar el gasto público, sino la de incidir sobre el comportamiento de los ciudadanos para así poder dar cumplimiento a objetivos de política social o económica contenidos en algún precepto constitucional⁵. Cuando nos encontramos ante una figura tributaria que posee estas características, estamos ante tributos que presentan una finalidad extrafiscal.

Para CASADO OLLERO (1991: 455) *«la extrafiscalidad es una expresión vaga que apenas significa algo en sí misma, y con la que –por contraposición- pretende designarse todo aquello que se aleja de la función financiera, del fin recaudatorio (fiscal) propio de la imposición»*. Siendo así, podemos traer aquí el Fundamento Jurídico 13º de la STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987, sobre el Impuesto de Tierras Infrutilizadas en Andalucía, donde el Tribunal afirmaba lo siguiente: *«es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica, dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forma parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados»*.

Pues bien, consideramos que el cumplimiento de estos objetivos sociales o económicos contemplados en la CE y, en lo que aquí interesa, la protección del medio ambiente recogida en el artículo 45 CE, puede llevarse a cabo a través de la articulación de distintas medidas fiscales, o bien reformando los tributos ya existentes en un determinado sistema tributario -introduciendo el componente ambiental en su estructura- o, por el contrario, creando nuevos instrumentos fiscales dirigidos a la conservación del medio ambiente. En cualquier caso, estos tributos tendrán “siempre”

⁵ En este sentido, siguiendo a VARONA ALABERN (2009: 18) podemos afirmar que *«no existe inconveniente en que esta función recaudatoria se combine con un propósito extrafiscal, que persiga otros fines de interés común amparados por la Constitución, tales como proteger la naturaleza»*.

una doble finalidad: una de carácter extrafiscal (incentivadora –de aquellas actividades menos lesivas con el medio ambiente- y desincentivadora –de aquellas otras más contaminantes-) y otra fiscal (orientada a la obtención de recursos llevando a cabo la redistribución de los costes ambientales entre los sujetos que han provocado los mismos).

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que de la lectura del artículo 45 CE se desprende la idea de que, aunque el derecho al medio ambiente no se inserta dentro del catálogo constitucional de derechos fundamentales, la tutela medioambiental se convierte en una finalidad transversal que debe inspirar la actuación de todos los poderes públicos⁶.

Sin embargo, el hecho de que este derecho goce de esta importante tutela constitucional no implica que en su aplicación puedan obviarse el resto de derechos recogidos en el texto constitucional, esto es, no se trata de un bien jurídico absoluto que deba prevalecer en todo caso sobre el resto⁷.

Así, por ejemplo, si el cumplimiento del artículo 45 CE se llevase a la práctica mediante la articulación de determinadas medidas tributarias, éstas deberían respetar lo establecido en el artículo 31 CE, donde se contienen los principios materiales de justicia tributaria y, en particular, el principio de capacidad económica. En el mismo sentido, otro derecho susceptible de entrar en conflicto con el contenido en el artículo 45 CE podría ser, por ejemplo, la libertad de empresa, contemplada en el artículo 38 CE, que se vería limitada si se entendiese que una determinada actividad empresarial es contaminante.

⁶ Así pues, el Fundamento Jurídico 3º de la STC 102/1995 señala que *«el medio ambiente da lugar a unas competencias (...) con un carácter metafóricamente “transversal” por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias»*. Sin embargo, RUIZ-RICO RUIZ (2000: 148) considera que *«pese a la aparente eficacia normativa que el Tribunal Constitucional otorga al principio rector del artículo 45, en realidad su valor jurídico no ha superado hasta hoy la condición de simple criterio de interpretación de la Ley»*.

⁷ En este contexto, PEPE (2012: 286) define al medio ambiente como un *«valore costituzionale, da bilanciare, secondo raginevolezza, con altri “valori” o “interessi” costituzionalmente rilevanti, ad esempio, nell’ambito del giudizio di legittimità operato dalla Corte Costituzionale»*.

A pesar de ello, en la práctica, no existen reglas concretas que nos indiquen si debe prevalecer uno u otro derecho en caso de conflicto y, en consecuencia, deberá analizarse caso por caso.

3.- Los principios inspiradores de la política ambiental de la Unión Europea ante el mercado único o interior

El artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) contempla los siguientes principios rectores de la política de la Comunidad en materia de medio ambiente: (i) principios de cautela y de acción preventiva (en virtud de los cuales se recomienda actuar antes de que existan pruebas irrefutables del daño –con especial hincapié si se trata de perjuicios irreversibles-); (ii) principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma (de forma que si no es posible evitar el deterioro ambiental, se intente paliar el daño producido lo más cerca posible del lugar donde se ocasiona el perjuicio), y, por último, (iii) principio “quien contamina, paga” (que implica considerar que debe responder al daño ocasionado el causante del mismo, integrando el coste ambiental en los sistemas de producción).

En concreto, en lo que nos interesa, el principio “quien contamina, paga”, reflejo directo del principio de solidaridad, nació en el marco de las ciencias económicas con el objetivo de permitir la internalización de las deseconomías externas causadas por el deterioro ambiental en el precio de las actividades y productos contaminantes⁸. En resumidas cuentas, podemos afirmar que la finalidad primordial de este principio es la de hacer recaer en el agente contaminador la responsabilidad económica del daño causado a la sociedad, esto es, en definitiva, tratar de garantizar que los costes privados reflejan los costes sociales de la actividad económica.

⁸ Ya en 1972, la OCDE aprobó los principios relativos a los aspectos económicos de la política ambiental desde una perspectiva internacional (*Recommendation of the Council on Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, de 26 de mayo de 1972). Entre ellos se encontraba el principio *polluter pays* (“quien contamina, paga”), que nació como mecanismo de asignación de los costes de la prevención de la contaminación y consecución del uso racional de los recursos ambientales escasos. Muy poco tiempo después este principio sería asumido por la entonces Comunidad Económica Europea (Primer Programa de Acción de las Comunidades Europeas sobre Medio Ambiente), convirtiéndose, años más tarde, en derecho positivo gracias a la promulgación del AUE.

Es obvio que, bajo esta definición, el principio “quien contamina, paga” anima a la creación de tributos ambientales que permitan, vía incremento de la presión fiscal y su reflejo en el precio de los productos que constituyen su objeto, la imputación de los costes de su actuación a los causantes del perjuicio. Además, consideramos que si, de entre las herramientas disponibles, la puesta en práctica del principio “quien contamina, paga” se lleva a cabo a través del sistema tributario, junto con esta función compensatoria del coste social que la actividad contaminante comporta, se puede conseguir también una función disuasoria (desincentivando la realización de aquellas actividades incompatibles con la protección del medio ambiente).

Por todo esto, podemos afirmar que, en base a la existencia del principio “quien contamina, paga” -recogido a día de hoy en el artículo 191.2 TFUE-, el Derecho de la Unión Europea no es, en principio, contrario a la utilización extrafiscal de los tributos, esto es, a la utilización del sistema tributario para la consecución de objetivos de política económica o social. Sin embargo, no basta simplemente con señalar que se pretende lograr una finalidad distinta a la fiscal para que esa especial configuración del tributo quede completamente justificada. Así pues, en la práctica, se tratará de compatibilizar dicho principio con los que fundamentan la política fiscal europea, esto es, fundamentalmente, el principio de no discriminación y la prohibición de ayudas de Estado como principios que sirven a la consecución de las cuatro libertades fundamentales –libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales-⁹.

En particular, en lo que a la prohibición de discriminación en el ámbito fiscal se refiere, el artículo 110 TFUE señala que *«ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares. Asimismo, ningún Estado miembro gravará los*

⁹ En este contexto, ORTIZ CALLE (2004: 64) entiende que *«nos enfrentamos, en definitiva, al problema clásico de la ponderación de bienes jurídicos –básicamente la protección del medio ambiente, de un lado, y la competencia y libre circulación de otro- que sirven de fundamento tanto a normas comunitarias originarias o de Derecho Derivado (armonizadoras) como a normas estatales que desarrollan o actualizan las primeras»*.

productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones».

Por su parte, en lo que a las ayudas de Estado incumbe, el artículo 107 TFUE señala que *«salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones»*¹⁰.

Pues bien, en ciertas ocasiones, la protección del medio ambiente ha sido considerada como una finalidad capaz de justificar ciertas restricciones a dichas prohibiciones y, por extensión, a la libre circulación de mercancías entre los países que integran la Unión Europea habiendo sido, por ejemplo, determinadas ayudas de Estado declaradas compatibles con el mercado único o interior (aduciéndose para ello argumentos de política medioambiental). Esto nos hace ver que, aunque no se trata de un principio absoluto, la protección del medio ambiente no se encuentra, al menos en teoría, en inferioridad jerárquica respecto de los demás objetivos contenidos en el Derecho Originario de la Unión Europea.

Sin embargo, en la práctica, observamos que, pese a que los Tratados no establecen una relación jerárquica entre la protección del medio ambiente y otros principios o libertades comunitarias, salvo en contadas ocasiones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha otorgado cierta primacía a la defensa de las libertades fundamentales sobre la protección del medio ambiente; pues no pocas veces se han aducido por los diferentes Estados miembros argumentos

¹⁰ Sin embargo, esta prohibición no es incondicional. Así, por ejemplo, las *Directrices Comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente* (2008/C82/01) establecen que *«en aras del aumento del nivel de protección del medio ambiente, los Estados miembros pueden desear utilizar ayudas estatales para crear incentivos individuales destinados a lograr un nivel de protección superior al requerido por las normas comunitarias».*

relacionados con la política medioambiental con la única finalidad de proteger la producción nacional¹¹.

A modo de resumen, podemos afirmar que, tanto a nivel europeo como nacional, se viene permitiendo que otros principios constitucionales puedan modular el hecho imponible del tributo¹². Sin embargo, aunque el principio de capacidad económica no sea el criterio fundamental que informa el establecimiento de estos tributos de carácter medioambiental, las consideraciones extrafiscales no pueden suponer un total desplazamiento del mismo, lo que implica que la lesión a este principio debe resultar proporcionada al beneficio que se pretende lograr a través de la finalidad extrafiscal¹³.

4.- La idoneidad de los instrumentos fiscales para su utilización en la protección del medio ambiente

Consideramos que las medidas que se instauren para dar cumplimiento al principio “quien contamina, paga” y, en consecuencia, a su reflejo constitucional en el Ordenamiento jurídico español, esto es, el derecho al medio ambiente contemplado en el artículo 45 CE, deberán tener en cuenta dos líneas de actuación bien diferenciadas: una de tipo preventivo -para lograr la racionalización del consumo de los productos más contaminantes y el incentivo de aquellos menos contaminantes- y otra de carácter restaurador -mediante la redistribución de los costes ambientales entre los sujetos provocadores de los mismos, obteniendo así los recursos necesarios para poder compensar los gastos públicos originados por dicho consumo y los perjuicios sociales causados-.

¹¹ De esta forma, CHICO DE LA CÁMARA (2004: 32 y ss.) considera que, pese a que de la normativa europea no se deduce una relación jerárquica, con carácter general, el conflicto de intereses económicos y ambientales «se resolverá por desgracia en la mayoría de los casos en beneficio de los primeros, (...) quedando el objetivo de protección al medio ambiente en un segundo plano cuando entra en juego una posible restricción a las libertades comunitarias».

¹² En definitiva, como ya señalase BORRERO MORO (1999: 72), «esto supone la incorporación de los principios rectores de la política social y económica al conjunto de principios de justicia que pueden informar el deber de contribuir».

¹³ Así, LÓPEZ ESPADAFOR (2011: 39) señala que la política medioambiental «nunca deberá servir para justificar situaciones irracionales en materia tributaria, ni desde una perspectiva nacional, ni desde una perspectiva comunitaria».

Sin embargo, aunque se contemplan ambas líneas de actuación (preventiva y restauradora), en la práctica, todas las actuaciones se centran principalmente en tratar de evitar que se produzcan atentados al medio ambiente, esto es, en su vertiente preventiva, de conformidad con el principio de cautela y acción preventiva recogidos en el artículo 191.2 TFUE.

Consideramos que el uso de instrumentos económicos o de mercado (entre los que destacan, fundamentalmente, los tributos) es más coherente con la idea de la necesidad de adopción de una acción preventiva. De una forma u otra estos instrumentos económicos buscan reflejar el daño ambiental en el precio de las actividades contaminantes, incrementando así el importe a pagar por los consumidores por un determinado bien con el fin de que se reduzca el consumo de aquellos productos que se entienden perjudiciales para el medio ambiente¹⁴.

Siendo así, entre los instrumentos de mercado, podemos destacar, por ejemplo, las disposiciones de carácter fiscal (que se pueden concretar tanto en la articulación de tributos como en el establecimiento de exenciones tributarias) y los permisos negociables sobre derechos de contaminación¹⁵.

Consideramos que una de las principales ventajas que presenta la utilización de los instrumentos basados en el mercado -junto con su carácter disuasorio, su potencial recaudatorio y el incentivo que ofrecen a la innovación a través de la búsqueda de procesos productivos menos contaminantes-, es la flexibilidad que los mismos otorgan

¹⁴ En este sentido, HERRERA MOLINA y SERRANO ANTÓN (1994: 497) consideran que «*la protección del medio ambiente genera un gasto público al que deben contribuir más intensamente quienes más inciden en su deterioro*».

¹⁵ A través de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, se creó un mercado europeo de cuotas dirigido a facilitar a los Estados miembros y a la Unión Europea el cumplimiento de sus compromisos de reducción cuantitativa de emisiones, asumidas al ratificar el Protocolo de Kioto. Este régimen se basaba en la fijación de un nivel máximo de contaminación para cada Estado miembro, con la correspondiente asignación de un determinado número de derechos de emisión por país e industria, cuyos límites no podían ser sobrepasados salvo que se adquiriesen nuevos derechos. Así, los certificados representan títulos negociables y, en consecuencia, es totalmente lícito que las empresas puedan enajenar sus excedentes a otras empresas de forma que, en la práctica, sea el juego de oferta y demanda el que fije el importe de dichos permisos. En nuestro país, esta Directiva ha sido desarrollada por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

al contaminador en lo que al nivel y forma de consecución de lo establecido en la norma se refiere.

Mientras que los instrumentos regulatorios ejercen una acción directa sobre los sujetos contaminantes -a través del establecimiento de disposiciones cuyo incumplimiento acarrea la imposición de multas o sanciones-, esto es, actúan a *posteriori* y, en consecuencia, no constituye un incentivo al desplazamiento hacia la realización de actividades menos contaminantes, los instrumentos económicos proporcionan, de conformidad con el principio de cautela y acción preventiva, incentivos para la toma de decisiones por parte del sujeto pasivo que, de esta forma, puede decidir entre contaminar o no contaminar, evitando así tener que soportar el gravamen correspondiente.

En definitiva, consideramos que la articulación de un tributo sobre la base del principio “quien contamina, paga” se muestra, en términos generales, como la forma más adecuada para desincentivar los comportamientos contaminantes.

Sin embargo, pese a las evidentes ventajas que puede presentar la tributación ambiental, GABRIOTTI (1995) considera que, aunque esta categoría tributaria puede resultar eficaz para la consecución de determinados objetivos relacionados con la protección del medio ambiente, la imposición ambiental no puede erigirse como la única solución a todos los problemas que existen en este ámbito y que, en consecuencia, se debe alternar el uso de los mismos con la utilización de otros instrumentos de mercado e, incluso, con la fijación de un cierto nivel de reglamentación administrativa.

De esta forma, la reglamentación administrativa podría articularse, por ejemplo, mediante el establecimiento de determinados estándares de calidad ambiental o incluso a través de la prohibición de la realización de determinadas actividades perjudiciales para el medio ambiente.

Se entiende que la utilización de tributos ambientales debe restringirse al ámbito de las actividades lícitas y permitidas, pues, a diferencia de lo que ocurre con las medidas administrativas, tienen un carácter más incentivador que penalizador.

Así pues, aunque podemos afirmar que la utilización de instrumentos fiscales juega un papel importante en la consecución de los objetivos fijados por la política ambiental de la Unión Europea, en determinadas ocasiones, la exclusiva utilización de los mismos puede resultar insuficiente y, en consecuencia, se hace necesaria la puesta en práctica de otro tipo de medidas.

En este sentido, la Comisión, en su Comunicación de 23 de mayo de 2001 (COM(2001) 260 final –*Política fiscal en la Unión Europea. Prioridades para los próximos años*-), manifestó que, pese al consenso político existente sobre las ventajas de la tributación ambiental, la Comunidad no había promocionado aún lo suficientemente bien una política fiscal respetuosa con el medio ambiente. A nuestro parecer, esta ausencia de logros específicos en materia tributaria puede ser debida, al menos en parte, junto con los problemas ocasionados por la regla de la unanimidad y el principio de subsidiariedad, al elevado margen de actuación con el que cuentan los Estados para el establecimiento de tributos ambientales.

En definitiva, consideramos que la flexibilidad con que se han venido configurando los preceptos contenidos en las directivas de la Unión Europea, ha otorgado a los Estados miembros demasiado margen de maniobra a la hora de alcanzar los estándares medioambientales requeridos por las mismas y, en consecuencia, la transposición de éstas no se ha llevado a cabo de forma eficaz.

Bibliografía

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y CANOSA USERA, Raúl (1995). “Relevancia constitucional del medio ambiente”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 122, pp. 39-50.

BORRERO MORO, Cristóbal (1999). *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos.

CASADO OLLERO, Gabriel (1991). “Los fines no fiscales de los tributos”. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, volumen 41, nº 213, pp. 455-512.

____ (1992) “Los fines no fiscales de los tributos en el ordenamiento español. L’extrafiscalità dei tributi nell’ordinamento spagnolo”. *Diritto e Pratica Tributaria*, fasc. 1, pp. 179-229.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo (2004). “Límites a la fiscalidad ambiental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 237, 2004, pp. 31-45.

GABRIOTTI, Manuela (1995). “Le ecotasse nella politica ambientale comunitaria”. *Ambiente e Sviluppo*, nº 3, pp. 36-ss.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel Y SERRANO ANTÓN, Fernando (1994). “Aspectos constitucionales y comunitarios de la tributación ambiental (especial referencia al Impuesto sobre el dióxido de carbono y sobre la energía)”. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 83, pP. 457-502.

LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María (2011). “La determinación de un límite cuantitativo a la imposición indirecta y la extrafiscalidad”. *Nueva fiscalidad*, nº 1, Pp. 9-74.

ORTIZ CALLE, Enrique (2004). “Límites y posibilidades de una imposición sobre los hidrocarburos orientada a la protección del medio ambiente”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 234, pP. 59-72.

PEPE, Francesco (2012). “Le agevolazioni fiscali “regionali” in materia ambientale”. *Rivista di Diritto Tributario*, nº 3, pP. 281-ss.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2000). *El derecho constitucional al medio ambiente: dimensión jurisdiccional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

VARONA ALABERN, Juan Enrique (2009). *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid: Marcial Pons.

INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA INTERPRETACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Francisco De Asis Gonzalez Campo

Universidad de Zaragoza

Sumario:

- 1.- Introducción.
- 2.- La sucesiva reformulación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho procesal por el derecho comunitario.
- 3.- Breve comentario *ad exemplum* de algunas recientes vías de influencia.
- 4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas.

Resumen en español

INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Este trabajo pretende demostrar la evolución del derecho a la tutela judicial efectiva español por la influencia del derecho comunitario por la interpretación jurisprudencial del mismo y de cómo el derecho procesal nacional, como instrumento necesario para aquel derecho fundamental, se ve reformulado no por la vía legislativa nacional sino por las resoluciones jurisdiccionales internacionales. Esta reformulación es interesante por su contenido pero igualmente porque se produce, no por la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino por el Tribunal de la Unión Europea, como se indicará con el análisis de sus recientes sentencias; también porque tales resoluciones son dictadas no en procedimientos iniciados directamente frente a resoluciones judiciales nacionales ante aquel Tribunal sino, precisamente, a iniciativa de los órganos jurisdiccionales españoles. Destaca, asimismo, que tal reformulación se produce en asuntos en principio alejados del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por referirse a cuestiones de derecho material. Se observa pues un fenómeno de construcción dual del derecho a la tutela judicial efectiva que plantea interrogantes sobre su causa y evolución y alcance futuros si bien mereciendo en este momento una positiva crítica.

Abstract in italiano

INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO NELLA INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO ALLA TUTELA GIUDIZIARIA EFFETTIVA E AL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Questo lavoro ha lo scopo di dimostrare l'evoluzione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva spagnola per l'influenza del diritto comunitario, da parte della interpretazione giudiziaria della stessa, e in che modo il diritto processuale nazionale, come uno strumento necessario per questo diritto fondamentale, viene riformulato, non dalla legislazione nazionale, ma dalle risoluzioni giurisdizionali internazionali. Questa riformulazione è interessante per il suo contenuto, ma anche perché è prodotta, non per l'interpretazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ma per la Corte di giustizia dell'Unione europea, come si indicherà nell'analisi di recenti sentenze; anche perché tali risoluzioni non sono dettate nelle cause promosse direttamente dinanzi alle decisioni giudiziarie nazionali riferite davanti a quella Corte, ma, precisamente, come iniziativa degli organi giurisdizionali spagnoli. Rileva inoltre che tale riformulazione- si verifica nei casi allontanati dal primo Diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, facendo riferimento alle questioni di Diritto

Sostanziale .Viene osservato quindi un fenomeno della doppia costruzione del diritto ad un ricorso effettivo , che solleva le questioni riguardanti alla causa e l'evoluzione e la portata a futuro, ovvero però che sono visti come meritevoli e a una recensione positiva.

Abstract in English

INFLUENCE OF COMMUNITY LAW IN THE INTERPRETATION OF THE RIGHT TO EFFECTIVE REMEDY AND CIVIL LITIGATION

This paper aims to demonstrate the evolution of the spanish fundamental right to effective judicial protection by the influence of community law by the judicial interpretation thereof, and how the national procedural law as a necessary tool for this fundamental right is not reformulated by legislation national but international judicial decisions. This reformulation is interesting for its content but also because it is produced, not by the interpretation of the European Court of Human Rights, but the Court of Justice of the European Union, as indicated by the analysis of its recent judgments; also because such resolutions are dictated not in proceedings directly brought before national judicial decision to this Court but precisely at the initiative of the Spanish Courts. Stands out, also, that such reformulation is occured in cases that, in principle, are away from the fundamental right to effective judicial protection by are referred to matters of substantive law. A phenomenon of dual construction of the right to an effective remedy, which raises questions about its cause and evolution and future scope are observed. Although at this time deserving a positive review.

1.- Introducción.

Señala el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que *“toda Sociedad en la que los derechos fundamentales no están establecidos ni la separación de poderes garantizada carece de Constitución”*. En nuestro país, la Constitución de Cádiz, en su art. 4º señalaba que *“la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”*. Ya en la actualidad, y de modo rotundo, se establece la trascendencia que para el individuo supone el ejercicio, eficacia y garantía de unos derechos fundamentales y libertades públicas cuando los arts. 53.2 y 161 de la vigente Carta Magna (en adelante, CE) establece los procedimientos de tutela y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicos comprendidos en los arts. 15 a 29, así como, obvio es por su especial naturaleza, artículo 14 continente del principio y derecho de igualdad ante la ley.

Se observa pues una íntima relación entre Constitución y derechos fundamentales de donde sin aquella no existen éstos y, entre estos, destaca, por su carácter absoluto e instrumental respecto de los restantes, el relativo a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE pues, en efecto, tal es su virtualidad que, por la misma, se permite reconocer al resto de derechos fundamentales como *“categoría”* de modo que no existiría derecho fundamental sino fuera meritorio de *“su tutela judicial y de limitar el poder legislativo”*. Sin embargo, señalada aquella relación, hay que añadir la peculiar evolución del derecho fundamental pues, naciendo en los textos constitucionales, sin embargo, *“acaban con las Constituciones”* en tanto que, en virtud de los compromisos internacionales suscritos por los Estados, tales derechos fundamentales trascienden al texto constitucional de modo que, en realidad, el punto de atención se centra en el ordenamiento interno estatal. Con ello, *“la protección internacional de los derechos supera ya el marco propio de los derechos fundamentales”* (CRUZ VILLALÓN, 1989: 38-42).

En definitiva, se observa la evolución de los derechos fundamentales y tal cuestión, prontamente advertida por la doctrina, cual la citada, recaída cuando el

derecho comunitario no tenía la extensión y vinculación ahora existente, es traída ahora a colación en tanto que, como se pretende demostrar en el presente trabajo, siquiera sea con el carácter sintético de su naturaleza y extensión, en la actualidad, asistimos a una situación, tal vez incipiente o embrionaria, pero meritoria de análisis, por la que la construcción o reformulación del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –y con ello del instrumento garantista por excelencia: el proceso y su derecho- se está produciendo no por la interpretación que del mismo realizan los órganos judiciales y constitucionales nacionales sino por la jurisprudencia comunitaria y precisamente con motivo no de procesos típicamente constitucionales o afectos al amparo del derecho fundamental sino propios de la legislación ordinaria.

2.- La sucesiva reformulación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho procesal por el derecho comunitario.

Señalado lo anterior, debe, a efectos de contextualizar el presente trabajo, indicarse cómo la afección del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE viene dado por la multiplicidad de su contenido material. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva está constituido por diversos elementos que configuran su especial relevancia, interesando ahora destacar su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción o *“derecho al proceso”*¹ (STC 14/1982, de 21 de abril). Asimismo, debe, ineludiblemente, hacerse referencia a que, al lado de dicho derecho fundamental, debe contemplarse su análogo reconocimiento comunitario previsto en el intitulado *“Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”* previsto en el art. 47 del Título VI *“Justicia”* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, (en adelante, CDFUE)² en que se recoge al acceso a la justicia,

1 Se trata de derecho a que su pretensión sea resuelta por un órgano jurisdiccional, así denominado como *“derecho al proceso”* (STC 14/1982, de 21 de abril) en que se obtenga *“una decisión, fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa”* (STC 13/1981, de 22 de abril), esto es, *“una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”* (STC 9/1981, de 31 de marzo o *“resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, sin concurren todos los requisitos”* (STC 11/1982, de 29 de marzo); en definitiva, *“el derecho a un proceso y a una sentencia sobre el fondo... el derecho a que los órganos jurisdiccionales examinen las acciones y pretensiones que ante ellos se formulen”* sin que *“la negativa de la concurrencia de un presupuesto procesal o la afirmación de la falta de un requisito no puede ser arbitraria o irrazonable”* (DE LA OLIVA: 2013, 137-223).

2 Art.47 CDFUE: *“Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela*

el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial, junto a un proceso sin dilaciones indebidas y la asistencia jurídica gratuita.

Previsiones normativas que, aun por conocidas, han de ser referidas sin olvidar la naturaleza jurídica y valor que ostentan en nuestra Carta Magna (art. 10, 53 y 161 CE) y en el ordenamiento comunitario en tanto que (i) el derecho fundamental reconocido *ex art. 47 CFUE* tiene reconocido a nivel de derecho originario el “*mismo valor jurídico que los Tratados*” (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992) y (ii) tanto el art. 24 CE como el art. 47 CDFUE están revestidos de la mayor tutela en virtud de sus respectivas cláusulas de interpretación y aplicación, reserva de ley y respeto a su contenido esencial (art. 53 CE y art. 52 CDFUE respectivamente).

En la actualidad, la referida cuestión se ve reforzada pues, en efecto, dado el efecto directo y efecto primacía del derecho comunitario, la vinculación de ciudadanos y órganos de los Estados miembros a los pronunciamientos de los órganos judiciales comunitarios, así como el principio del juez nacional como juez comunitario, siendo como es que el derecho a la tutela judicial efectiva fue prontamente interpretado por los órganos judiciales patrios -en especial, por el Tribunal Constitucional español- (en adelante, el Tribunal Constitucional o TC) de modo que se asumieron principios cual el de la restrictiva inadmisión *ad limine*, principio *pro actione* (art. 10 CE y art. 5 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³) sin embargo, en la actualidad, como luego se acreditará con diversos supuestos, se observa cómo los avances en la efectividad de dicho derecho fundamental se están produciendo no por la vía interna sino por la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales internacionales.

Tal influjo que, en principio sería intrascendente por lógica consecuencia derivada del art. 10 CE y de los Tratados celebrados por el Reino de España, sin

judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.” (DOUE 30/3/2010).

³ BOE 2/7/1985.

embargo no es tan inocua. En realidad, en la actualidad, tal y como se expondrá con diversos supuestos, se está en presencia, sino consolidada si al menos en un avanzado inicio, de una sucesiva conformación de los derechos fundamentales nacionales: el de la tutela judicial efectiva a través de, valga la expresión, la reformulación del mismo y de su instrumento (derecho procesal) por sucesivas sentencias comunitarias. Dicho fenómeno se torna relevante por varias notas:

a) Su incidencia en el derecho fundamental citado no lo es por la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el Tribunal de Justicia o TJUE).

b) Las diversas resoluciones que inician tal línea constructiva dimanán no de procedimientos iniciados por particulares frente a resoluciones de los órganos nacionales sino, precisamente, y en lo que se torna de interés, por los propios órganos jurisdiccionales nacionales. Tal fenómeno plantea diversos interrogantes acerca de su causa: ¿una progresiva asunción del derecho comunitario y la facultad del juez nacional como juez comunitario que determina la aplicación de los efectos directo y primacía del ordenamiento comunitario? ¿o la constatación de que el legislador nacional ha incurrido en una línea regresiva en cuanto a la tutela judicial efectiva del justiciable? ¿O ambas tal vez? En este sentido, destaca que, además de que tal nueva reformulación lo es en interpretación de normativa comunitaria, lo es, además, no por la duda que la interpretación de la misma ocasiona en el juez nacional, sino, y así creemos poder demostrarlo, precisamente en la constatación de que el legislador nacional ha ido más allá en su transposición limitando no solo los derechos del justiciable sino las propias facultades jurisdiccionales.

Se observa pues una construcción dual del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, siendo en sus inicios de previsible expansión habida cuenta dada el contenido del art. 191 *in fine* TUE⁴, ahora exhibe una mayor incidencia⁵. Pese a que

4 El art. 19. 1 *in fine* TUE señala que “Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.”.

5 En efecto, dicho precepto ha permitido a la doctrina sostener la virtualidad y necesidad de la cuestión prejudicial ante el Tribunal comunitario (entre otros, REYES y FERNÁNDEZ 2008, HUELÍN 2011, SARRIÓN, 2012)

subsisten los interrogantes propios de tal dualidad y concurrencia de idénticos derechos fundamentales en ambos ordenamientos, que, en principio, tras la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004⁶, no deberían producirse, pese a ello, tal dualidad de aportaciones conformadoras del referido derecho fundamental merece una positiva acogida por su necesaria existencia a fin de cerrar los ámbitos materiales en que el mismo puede ejercerse obvia e inevitablemente⁷. Con todo ello, puede afirmarse el incremento de tales situaciones dentro del marco de un “mercado unitario” de derechos fundamentales”⁸.

3.- Breve comentario ad exemplum de algunas recientes vías de influencia.

Tal y como se ha indicado, se observa la evolución en la reformulación de determinados derechos fundamentales nacionales como el de la tutela judicial efectiva o el derecho/principio y valor superior de igualdad por la vía de la influencia del Derecho Comparado o de la interpretación jurisprudencial de éste y de cómo el derecho procesal, como instrumento necesario para aquel derecho fundamental, se ve reformulado –no por la vía legislativa sino conforme recae un pronunciamiento jurisdiccional- afectando por ello al contenido de aquella tutela e igualdad. En tal conformación sucesiva del contenido del derecho fundamental se observan tres vías principales:

I) El derecho a la tutela judicial efectiva en su relación con el principio de igualdad y el acceso a la jurisdicción se puede ver modulado con el influjo de las nuevas tecnologías y diversos proyectos comunitarios. En efecto, ello se acrecienta en la actualidad a la luz de las diversas iniciativas que, en materia de Administración electrónica y Administración judicial electrónica, se impulsan desde el ámbito

que es, precisamente, la vía procesal por la que se producen las diversas formulaciones jurisprudenciales del derecho a la tutela judicial efectiva objeto de estudio en el presente trabajo.

6 BOE 4/1/2005.

7 Por obvio no debe dejar de señalarse que la relevancia que ahora se detecta para la formación del derecho a la tutela judicial efectiva es, *ratione materiae*, limitada pues los pronunciamientos del Tribunal comunitario solo podrán darse, lógicamente, en el ámbito de las competencias recogidas en el ordenamiento comunitario que, si bien con ampliación que supone la declaración del art. 47 TUE supone una notable ampliación de su ámbito competencial, no permite olvidar el imprescindible ámbito protector nacional ex art. 53 CE.

8 “Si hay que hablar de algún “mercado unitario”, sería el de los derechos fundamentales (idea que le tomo en préstamo al inolvidable Dámaso Ruiz-Jarabo)” (HUELÍN, 2011).

comunitario: principalmente, mediante la *Decisión 922/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009* –iniciativa ISA- y la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 30 de mayo de 2008 – Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea) COM (2008) 329*, así como, en especial, con la continuación del diseño electrónico del contenido de tal tutela impulsado en el *Plan de Acción Plurianual 2009-2013 sobre justicia en red*, su más reciente Programa de Estocolmo (2010-2014) y su derivado *Proyecto de Estrategia 2014-2018 relativa a la Justicia en Red Europea (2013/c/ 376/06)*.

En este sentido, bajo el paraguas comunitario de las libertades comunitarias, la afección a las garantías procesales, y con ello, a la tutela judicial efectiva es notable debiéndose advertir asimismo, dado que no cabe detallar el numeroso elenco de iniciativas europeas que, en fomento de la introducción y uso de las tecnologías de la información y la comunicación y la debida interoperabilidad de las Administraciones Públicas, trascienden a tal derecho, que dicha afección no es per se negativa sino que, según el desarrollo normativo y funcional de tales proyectos, se fortalecerán tales garantías o se verán mermadas bajo la excusa de constituir parte derivada e inevitable de la introducción de tales tecnologías. Piénsese así, en el ámbito civil, la paulatina introducción de modelos procesales estandarizados en los que la intervención del órgano judicial es cada vez más escasa al apostar por el sistema de proceso-formulario en que los diversos campos o apartados, e incluso las “indicaciones” están predeterminadas (p. ej. *proceso monitorio europeo*⁹ y *proceso europeo de escasa cuantía*¹⁰); o mediante la creación de títulos comunitarios que prevalecen sobre la concreta aplicación de la normativa nacional vigente aun cuando ésta no queda derogada o desplazada por norma interregional o de derecho internacional privado (p.

9 Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, en cuyos Anexos se incorporan tales formularios e indicaciones procesales (DOUE 30/12/2006).

10 Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, en cuyos Anexos se incorporan tales formularios e indicaciones procesales (DOUE 31/7/2007).

ej. *certificado sucesorio europeo*¹¹ o *título ejecutivo europeo*¹²), como es de ver, al respecto de dicho título ejecutivo europeo al confrontarlo con la normativa procesal nacional sobre títulos ejecutivos, demanda tutela y ejecutivas: arts. 517 a 523 y 571 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹³ (en adelante LEC) aplicable en el orden civil y, de modo supletorio, en el resto de órdenes jurisdiccionales (art. 4 LEC) y que, no olvidemos, junto con la justicia o tutela declarativa y la cautelar, forman parte del núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como también, en el ámbito penal, cuando acto tan procesal y tan afecto a la tutela judicial efectiva como es la práctica de actos procesales mediante el uso de la videoconferencia es objeto de prolija regulación comunitaria con un detalle normativo ciertamente destacable, o, igualmente, en lo relativo al *exhorto europeo de obtención de pruebas*, intercambio de antecedentes penales comunitarios (proyecto ECRIS¹⁴) y su previsible evolución de intercambio de perfiles y datos biológicos (huellas dactilares¹⁵ y eventual base de ADN ya admitida a nivel nacional por la *Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores*

11 Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, respecto del que, en sus arts. 67 y 81, se prevé la confección de los respectivos formularios (DOUE 27/7/2012).

12 Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en cuyos Anexos se incorporan tales formularios e indicaciones procesales (DOUE 30/4/2004).

13 BOE 8/1/2000.

14 *Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (European Criminal Records Information System –ECRIS-)*, por el que, sobre la base de la *Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, y de conformidad con el art. 1 de la *Decisión 2009/316/JAI del Consejo de 6 de abril de 2009 por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS)* en aplicación del artículo 11 de la *Decisión Marco 2009/315/JAI*, se “establece asimismo los elementos de un formato normalizado para el intercambio electrónico de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros, en especial por lo que se refiere a la información sobre el delito que dio lugar a la condena y a la información sobre el contenido de la condena, así como otros procedimientos generales y técnicos de aplicación relacionados con la organización y simplificación del intercambio de información.”

15 El Grupo EFEN (Ecris Fingerprints Exchange Networks) “desarrolla un proyecto financiado por la Unión Europea cuyo objetivo es analizar la posible utilización de las huellas dactilares como medio para solucionar el problema derivado del excesivo número de notificaciones y peticiones de antecedentes penales que es rechazado por los Estados miembros, debido a errores en la correcta identificación del condenado, como parte del procedimiento de intercambio de información entre los respectivos registros de antecedentes penales europeos aprobado por la *Decisión Marco 2009/315/JAI*, de 26 de febrero, del Consejo” (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2014: 12).

*obtenidos a partir del ADN*¹⁶) que, con fundamento en el art. 29 del Tratado de la Unión Europea y Convenios de Asistencia Judicial en materia penal de 1959 y 2000 (BLANCO QUINTANA: 4-5).

Todo ello afecta pues al ejercicio de la jurisdicción, derecho de acceso a la misma e intervención del órgano, pues se configura progresivamente una menor participación de éste al fomentarse tramitaciones procesales cuasi automatizadas, lo que, asimismo, es relevante en tanto que no se trata de una mera previsión comunitaria y una conclusión doctrinal sino que tal actuación judicial automatizada viene amparada en la reciente normativa legal española reguladora del uso de tales tecnologías en el ámbito procesal (arts. 14, 19, 42 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia¹⁷, en adelante LUTICJU, y en cuyo Anexo de definiciones se establece el concepto y ámbito de aplicación¹⁸ de tal innovador supuesto procesal-judicial).

Cuestiones, en definitiva, que deben regularse o, una vez, ya vigente, interpretadas con escrupuloso respeto a las garantías procesales derivadas del contenido de referido derecho constitucional y que no solo revisten interés doctrinal cual el ahora expuesto sino que inciden en el aspecto más práctico de dicho derecho fundamental como así ha puesto de manifiesto el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE)¹⁹.

II) Otro gran grupo de influencia del derecho comunitario en el derecho fundamental y proceso referidos viene dado por la interpretación que de preceptos de carácter material establece el Tribunal de Justicia.

16 BOE 9/10/2007.

17 BOE 6/7/2011.

18 Anexo LUTICJU: *“Actuación judicial automatizada: Actuación judicial producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación.”*.

19 En efecto, al respecto del referido Programa de Estocolmo, el CCBE, tras reconocer lo positivo de tales iniciativas, manifiesta su preocupación *“porque la justicia en red se desarrolle de forma equilibrada entre la facilitación del acceso a la justicia y el respeto de las garantías procesales y de la protección de datos”* dado que *“suscitan algunas cuestiones muy delicadas”* (2007: 4).

Se pone de relieve cómo, cuestiones dilucidadas en procedimientos en principio tan alejados del derecho fundamental a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, como pueden ser los procesos monitorios (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante, STJUE- de 14 de mayo de 2012); o la designación de domicilio del consumidor a efectos de notificaciones y obligaciones del juez del Estado requerido para tal acto de comunicación por vía de cooperación comunitaria jurisdiccional, que, por tanto, afecta a instrumentos tan relevantes para la integración comunitaria como los que aseguran el reconocimiento mutuo de las resoluciones jurisdiccionales o el *Reglamento 1348/2000* y su prevalencia sobre otros instrumentos celebrados por los Estados miembros como el *Convenio de La Haya de 15/11/65 sobre notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales*.

O al respecto del alcance de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993*, y su reciente modificación ampliatoria de los derechos de los consumidores por *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores* (STJUE de 14 de marzo de 2013) sin embargo, tras la interpretación comunitaria ha conllevado no solo la reformulación del derecho fundamental –y de su relacionado procedimental- sino incluso la reforma de la normativa interna (v. gr. Ley 1/2013 o Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre (en adelante, RDL 11/2014)) –si bien de un modo defectuoso incurrente en el mismo vicio reprobado por el órgano jurisdiccional comunitario como comentaremos a continuación-.

En efecto, como resulta conocido, el Tribunal de Justicia consideró, en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11 Mohamed Aziz vs. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa -Catalunyacaixa-) en resolución de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, que la normativa española en materia de ejecución hipotecaria era contraria a normativa comunitaria en tanto que, dicho sea de modo sintético, impedía el efectivo conocimiento por el juez nacional de las causas de oposición del consumidor ejecutado. Dicho pronunciamiento, de gran repercusión jurídica y mediática, conllevó una posterior reforma legal mediante la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los*

deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Sin embargo, dicha reforma incurría nuevamente en algunas de las causas que aquella sentencia señalaba, principalmente en cuanto a la indefensión del ejecutado en determinados supuestos de desestimación de la oposición a la ejecución en desigualdad con las armas procesales que se reconocían al ejecutante.

Y, de nuevo, si bien ahora en claro y elocuente ejemplo de la técnica (¿o tal voluntad?) legislativa, ha debido ser el referido órgano comunitario el que estableciera el estándar procesal común al señalar, en su STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14 Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.) en resolución de cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, señala, nuevamente, que la normativa española en materia de oposición a la ejecución hipotecaria (art. 695 LEC)²⁰ nuevamente era, por relación con el antes referido art. 47 CDFUE, contraria al ordenamiento comunitario (en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

Semejante despropósito legislativo –contrario a la igualdad legal y procesal y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- tuvo que ser, nuevamente, corregido no por acción legislativa nacional sino por el referido Tribunal comunitario en resolución, por cierto, de positiva crítica no solo por su contenido sino por la celeridad en dar respuesta a aquella vulneración del derecho fundamental. Esto es, de no haber sido por la STJUE de 17/7/2014 la deficiente reforma legal, en principio realizada para acomodar la norma procesal al derecho fundamental y a la norma comunitaria, continuaría vigente en espera, en su caso, de planteamiento de cuestión ante nuestro Tribunal Constitucional con lo que, habida cuenta de la demora y carga de trabajo del mismo, podría suponer en un ámbito tan relevante para el tráfico jurídico mercantil como el de las ejecuciones hipotecarias.

20 Dicho precepto introdujo, tras la reforma operada por la referida Ley 1/2013, una nueva causa de oposición tras la referida STJUE de 14 de marzo de 2013, pero de un modo ciertamente defectuoso pues permitía al acreedor ejecutante la interposición de recurso contra el auto estimatorio de la oposición pero, sin embargo, impedía que el deudor ejecutado recurriera el auto desestimatorio de la oposición a la ejecución.

Tras la referida STJUE 17/7/2014 se produce la reforma del meritado art. 695 LEC conforme a la Disposición Final 3ª RDL 11/2014 con la siguiente redacción: “4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.*”, si bien, y de nuevo al igual que la reforma operada por la Ley 1/2013, de un modo criticable por restrictivo en cuanto al plazo preclusivo de un mes para la interposición de tal recurso a contar desde la vigencia del referido Real Decreto Ley 11/2014 que, sabido es, fue publicado en BOE de 6/9/2014, en tanto que, de modo expreso se indica que, “*La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.*” (Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procedimientos de ejecución RDL 11/2014). Nótese al respecto que los procedimientos de ejecución hipotecaria se caracterizan, precisamente, por:

a) la relevancia para la determinación del de las cláusulas que, sobre el cálculo de intereses, inciden en el cálculo del quantum de la ejecución (cláusulas que, como es sabido, son fuente de litigiosidad por abusiva conforme igualmente STJUE 14/3/2014 al respecto de determinado tipo de interés y por ello igualmente limitados por la reforma de la Ley 1/2013 en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria), y

b) por la escasa personación del ejecutado en los mismos y que, en puridad, dicha “previsión” impediría al Secretario Judicial comunicar tal eventualidad al ejecutado –personado o no-, salvo que, como postulamos ahora, se interprete que, tal posibilidad, de conformidad con el art. 10 CE , 5 LOPJ y 149 LEC, no es contraria a tal previsión en aras de la interpretación más favorable al derecho fundamental al acceso a la jurisdicción y obtención de resolución de fondo (aquí, auto resolutorio de eventual oposición a la ejecución hipotecaria por vulneración de la citada normativa comunitaria en materia de consumidores).

III) Finalmente, y en lamentable contraposición a la positiva reformulación del contenido de aquel derecho a la tutela, también se observa un proceso contrario al descrito. Lamentable y criticable por dos razones principales: una, la lógica a toda regresión en la proyección de tal derecho y, otra, la derivada de que tal involución venga, precisamente, de los órganos nacionales al momento de interpretar la norma material española cual el caso del Tribunal Constitucional en recientes pronunciamientos (v. gr. STC 122/2013, 30/2014, o muy reciente 134/2014) en que, ante reformas legislativas tendentes a una mayor dinamización del derecho, sin embargo, por la vía de su interpretación, se deja sin efecto las mismas. En general, en dichas sentencias se establece que si bien la práctica edictal de los actos procesales de comunicación es admisible en nuestro ordenamiento, debe, sin embargo, extremarse la cautela en su utilización y agotarse los medios de localización y averiguación domiciliaria, máxime si, en autos, constan datos que permiten tal cuestión. Tal conclusión puede conllevar la escasa notificación edictal en la práctica forense, como consecuencia del uso de tecnologías de la información a disposición del órgano judicial (Averiguación Domiciliaria a través del Punto Neutro Judicial desplegado por el Consejo General del Poder Judicial), incluso pese a la positiva pero poco utilizada previsión del Registro Central de Rebeldes Civiles²¹.

Interpretación que recae, al igual que en el fenómeno comunitario descrito, sobre cuestiones propias de aspectos materiales y procedimentales de, *a priori*, escasa proyección constitucional, como la ejecución judicial o los arrendamientos urbanos, sin embargo, ya a diferencia del fenómeno comunitario, en lugar de realizar una interpretación flexible y tendente a la más favorable aplicación de derecho fundamental, produce una regresión.

IV) Sin embargo, en sentido contrario a la contribución o reformulación del referido derecho fundamental, cabe igualmente señalar cómo determinadas cuestiones que, *a priori*, limitan, o cuando menos restringen –en ocasiones de modo absoluto- el acceso a la jurisdicción (derecho al proceso y, en ocasiones, al recurso), y,

21 Registro previsto en el art. 157 LEC y desarrollado en arts. 1. 6 y 23 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (BOE 7/2/2009).

por tanto, condicionan el contenido del derecho fundamental no son objeto de configuración comunitaria. Tal es el caso del pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social introducida por la *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*²² y respecto de lo que debe comentarse la STJUE, Sala 2ª, de 27 de marzo de 2014 (Asunto C-265/13, Torralbo vs. Korota, S.A. y Fondo de Garantía Salarial) en resolución de cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrassa el 15 de mayo de 2013 (Asunto C-265/13) por la afección del art. 47 CDFUE ante la inadmisión de recurso por incumplimiento de requisito de admisibilidad del mismo (previo pago de dicha tasa).

En concreto, la parte pretendía interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y, al así interponerlo sin acreditar el previo pago de la referida tasa, el órgano judicial le requirió para subsanación de tal defecto ante lo que la parte requerida manifestó su improcedencia por, en síntesis, deber ser reconocida su condición de beneficiario de asistencia jurídica gratuita en tanto ser considerado *“trabajador y beneficiario del sistema de Seguridad Social”* (art. 2 d) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, BOE de 12 de enero de 1996) y deber considerarse desproporcionado y contrario al referido derecho fundamental previsto en el art. 47 CDFUE. El Tribunal comunitario resuelve en sentido negativo al considerar que *“no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas”*²³.

4.- Conclusiones.

Si bien por un lado el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y la relevancia que el derecho procesal nacional tiene para el

22 BOE nº 280, de 21 de noviembre de 2012

23 Aun cuando la cuestión prejudicial fue planteada en referencia al art. 47 de la Carta, señala el órgano comunitario que *“en el marco de la presente petición de decisión prejudicial, la normativa nacional de que se trata regula, con carácter general, determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia. Tal normativa no tiene por objeto aplicar disposiciones del Derecho de la Unión. Por otro lado, este último Derecho no contiene ninguna normativa específica en la materia o que pueda afectar a la normativa nacional.”* (parágrafo 32).

mismo como instrumento de igualdad y garantía de todas las partes, está determinado por reiterada y diversa doctrina jurisprudencial constitucional, por otro, aunque no en un grado que permita afirmar la reforma de aquel, se observa en los últimos años que la ampliación del contenido material de dicho derecho viene ocurriendo, en su aspecto más proclive a la aplicación más favorable del mismo, no por el legislador nacional sino por la aplicación ya de normativa comunitaria (art. 47 CFUE) ya de proyectos y programas europeos en fomento de la introducción y uso de las tecnologías de la información y la comunicación y la debida interoperabilidad de las Administraciones Públicas, como, igualmente, por la doctrina judicial comunitaria con ocasión, además, de pronunciamientos sobre cuestiones en principio ajenas a tal derecho fundamental y propias del derecho material interno

Se observa pues una construcción dual del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, siendo en sus inicios de previsible expansión habida cuenta dada el contenido del art. 191 in fine TUE, ahora exhibe una mayor incidencia. Pese a que subsisten los interrogantes propios de tal dualidad y concurrencia de idénticos derechos fundamentales en ambos ordenamientos, que, en principio, tras la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, no deberían producirse, pese a ello, tal dualidad de aportaciones conformadoras del referido derecho fundamental merece una positiva acogida por su necesaria existencia a fin de cerrar los ámbitos materiales en que el mismo puede ejercerse obvia e inevitablemente.

Tal conformación es de interés en tanto la interpretación de la norma comunitaria se puede incurrir en un fortalecimiento o debilitamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso al proceso, a instar la intervención judicial y obtener una resolución de fondo.

Finalmente, tal proceso evidencia la necesidad, para el estudio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de conocer el derecho constitucional comparado en tanto que el mismo es igualmente de influencia en la práctica de los órganos judiciales comunitarios.

Referencias bibliográficas

BLANCO QUINTANA, María Jesús (2013). “La comunicación de antecedentes penales entre los Estados. El Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS)”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2155, p. 1-25. Recurso electrónico disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292399469298>. Último acceso comprobado: 17/10/2014.

COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE (2007). Recomendaciones CCBE para el Programa de Estocolmo. Recurso electrónico disponible en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Recomendaciones-CCBE-para-el-Programa-de-Estocolmo.pdf>. Último acceso comprobado: 17/10/2014.

CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes y FERNÁNDEZ ALLER, Celia (2008). “Cuestiones sobre la aplicación del derecho comunitario y los derechos fundamentales”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62, nº 2069.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1989). “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, p. 35-62.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2013). *Derecho Procesal Civil*, Madrid. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín (2011). “El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión” *Revista de Jurisprudencia (Ed. El Derecho)*, nº 4.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2014). *Justicia & News. Revista de la Secretaría General de la Administración de Justicia*, nº 19 (Boletín Especial), p. 1-13.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín (2012). “El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del órgano jurisdiccional español”. En Pérez-Cruz Martín, Ferreiro Baamonde, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. A Coruña: Universidade, 2012, p. 679-690. Recurso electrónico disponible en

http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9194/1/comunicacions_26_Sarrion_Esteve_679-690.pdf. Último acceso comprobado: 15/11/2014.

LA AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA MEDIANTE CONSULTA POPULAR POR VÍA DEL REFERÉNDUM, EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Francisco Javier Sanjuán Andrés

*Profesor Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad Miguel Hernández de Elche*

Sumario:

- 1.- Antecedentes y contexto de la segunda reforma de la Constitución Española de 1978.
 - 2.- El proceso de la segunda reforma constitucional en sede parlamentaria.
 - 2.1.- Congreso.
 - 2.2.- Senado.
 - 3.- La aprobación de la segunda reforma constitucional sin ratificación mediante consulta popular.
 - 3.1.- Una reforma con abrumador respaldo parlamentario y sin apoyo de la ciudadanía.
 - 3.2.- Los déficits democráticos de la reforma del artículo 135 de la Constitución.
 - 3.3.- La opción del artículo 167.3 de la Constitución para la ratificación de la reforma del artículo 135.
 - 4.- Consideraciones finales.
- Referencias bibliográficas.

Resumen en español

LA AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA MEDIANTE CONSULTA POPULAR POR VÍA DEL REFERÉNDUM EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La presente propuesta de comunicación contextualiza y analiza la segunda reforma de la Constitución Española de 1978. Asimismo, estudia el proceso de la reforma en las Cortes Generales. Centrándose de forma especial en la ausencia de la celebración de una consulta popular para conocer la posición de la ciudadanía en la reforma, que introduce la estabilidad presupuestaria como un valor estructural y condicionante en la capacidad de actuación del Estado. Cabe hacer hincapié que la no celebración de un referéndum para la ratificación de la reforma viene dada por la no falta del respaldo necesario de diputados y senadores -durante el proceso de reforma para aplicar lo dispuesto en el artículo 167.3 de la Constitución Española.

Abstract in italiano

MANCANZA DI PARTECIPAZIONE DA PARTE DEI CITTADINI IN UNA CONSULTAZIONE POPOLARE IN VIA REFERENDUM SULLA RIFORMA DELL'ARTICOLO 135 DELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA

Il contributo contestualizza e analizza la seconda riforma della Costituzione spagnola del 1978. Essa esamina inoltre il processo di riforma in Parlamento. Messa a fuoco di più in assenza di un referendum per conoscere la posizione dei cittadini nella riforma, l'introduzione di stabilità fiscale come un vincolo strutturale sul valore e le prestazioni della capacità dello Stato. Va sottolineato che la mancanza di indire un referendum per ratificare la riforma è dato dalla non per colpa di deputati e senatori che sostengono necessario, durante il processo di riforma per attuare le disposizioni di cui all'articolo 167.3 della Costituzione spagnola.

Abstract in English

THE LACK CITIZEN PARTICIPATION BY PUBLIC CONSULTATION BY WAY OF REFERENDUM ON THE REFORM OF ARTICLE 135 OF THE SPANISH CONSTITUTION.

The contribution contextualizes and analyzes the second reform of the Spanish Constitution of 1978. It also examines the process of reform in Parliament. Focusing more so in the absence of holding a public consultation by referendum to know the position of citizens in the reform, introducing fiscal stability as a structural constraint on the value and performance of state capacity. It should be emphasized that the failure to hold a referendum to ratify the reform is given by no fault of deputies and senators backing needed-during the reform process to implement the provisions of Article 167.3 of the Spanish Constitution.

1.- Antecedentes y contexto de la segunda reforma de la Constitución Española de 1978

La reforma constitucional es uno de los pocos aspectos de estudio del Derecho constitucional que no puede ser analizada de forma aislada, debido a los fuertes condicionantes políticos y sociales (TUR AUSINA, 2009: 732), siendo los aspectos constitucionales la máxima expresión jurídica de la política (CABO MARTÍN, 2003: 75-76). Siendo la reforma constitucional un instituto totalmente imprescindible para la Constitución (AGUDO ZAMORA, 2005: 86).

Loewenstein calificaba que una Constitución ideal era aquél orden normativo que contempla los desarrollos futuros de la sociedad, sin precisar de cambios (LOEWENSTEIN, 1976: 164). Sin embargo las Constituciones nacen con una pretensión más o menos manifiesta de permanencia o incluso de perpetuidad (PÉREZ SERRANO, 1984: 469). Por el contrario la realidad convierte a las Constituciones a que sirvan durante un tiempo determinado para canalizar los conflictos sociales, teniendo disposiciones y cláusulas que permitan una plural interpretación (ÁLVAREZ CONDE Y TUR AUSINA, 2014: 110-112). La Constitución forjada como el Código Político de un Estado precisa de estabilidad y seguridad, adecuándose a las nuevas exigencias políticas y sociales mediante modificaciones.

La reforma debe de ser entendida como un mecanismo de defensa de la propia Constitución, que pretende garantizar su estabilidad y vigencia con la adecuación del texto a los cambios sociales y políticos (ÁLVAREZ CONDE, 1990: 276-277). Aunque es preferible no reformar una Constitución atendiendo únicamente al criterio del tiempo transcurrido desde su aprobación (TUR AUSINA, 2009: 718). En definitiva, se sustituye la característica de inmutabilidad de los textos constitucionales por mantener la permanencia (GARCÍA PELAYO, 2005: 335).

El principio de supremacía de la Constitución es incondicionado, y deriva de la circunstancia que una Constitución es superior a la Ley por el hecho de ser Constitución (GARCÍA PELAYO, 2005: 335). Además siendo una Constitución formal, se distingue del resto de leyes. Así la Constitución y sus reformas disponen de

procedimientos específicos de naturaleza solemne para su promulgación (KELSEN, 1979: 147), siendo una forma agravada para que las mayorías parlamentarias coyunturales no modifiquen la estructura del régimen y las reglas del juego político (TORRES DEL MORAL, 2009: 36-38).

La reforma es una garantía excepcional para disipar problemas que la interpretación no puede resolver (PÉREZ ROYO, 1986: 19), es imprescindible sólo en los supuestos que la vía interpretativa no puede ofrecer soluciones a las nuevas realidades (HESSE, 2001: 109-114), y quede suficientemente probada la necesidad de cambio y la ausencia de salidas en los diversos caminos que nos ofrece el sistema de fuentes (ÁLVAREZ CONDE, 2005: 40).

La Constitución Española de 1978 ha sido objeto de dos reformas, la primera de ellas en 1992, que consistió en añadir el inciso “y pasivo” en su artículo 13.2, y en 2011, la segunda que se ocupó de modificar en su integridad el artículo 135. Ambas reformas son europeas, y la segunda constituye una exigencia para la supervivencia de la Unión Europea, a cambio de una limitación de la soberanía de los estados. Además puede calificarse como una innovación del Derecho constitucional europeo, resultado de la suma de decisiones constituyentes de los Estados de la Unión Europea (PÉREZ ROYO, 2011: 27).

En cuanto a la primera reforma constitucional, tuvo el apoyo de todas las formaciones políticas del arco parlamentario, cuestión que denota el consenso e incluso la utilización del procedimiento de lectura única durante su debate y aprobación en las sedes parlamentarias. Consideramos necesario señalar que la reforma constitucional de 1992, es más bien una modificación que una reforma constitucional estrictamente (ÁLVAREZ CONDE Y TUR AUSINA, 2014: 110-114).

Si atendemos a la historia constitucional española las reformas escasamente han sido utilizadas por nuestras cámaras legislativas. Sólo la Constitución de 1876 supera en términos de longevidad al texto actual, pero tampoco se puede caer en el error de mantener por criterios temporales Constituciones que no respondan a la realidad y yazcan como normas de letra muerta.

2.- El proceso de la segunda reforma constitucional en sede parlamentaria

La globalización económica y financiera de nuestro Estado hace que en agosto de 2011, surja una propuesta de reforma constitucional para insertar el principio de estabilidad presupuestaria. La reforma no logra que se considere la estabilidad presupuestaria como un valor constitucional, debido a que sólo tiene dicha consideración los configurados por la propia Constitución (ÁLVAREZ CONDE, 2012: 27). Las consecuencias de la grave y alargada crisis económica deriva en la necesidad de implementación en la Constitución de principio de estabilidad presupuestaria con un valor estructural, que determina la actuación del conjunto de las Administraciones Públicas y de los poderes públicos.

En el marco comunitario del Pacto de Estabilidad y Crecimiento pretendía dotar a la eurozona de estabilidad económica instaurando un control del gasto público, evitando déficits presupuestarios excesivos, y con ello transmitir desde la eurozona la confianza necesaria a los mercados para reconducir la actual situación. En nuestro ordenamiento, la transposición del Pacto se realiza con la Ley 18/2001 de Estabilidad Presupuestaria, de 12 de noviembre y la Ley Orgánica complementaria 5/2001, de 13 de diciembre, que concretaban el déficit cero o también denominado límite de endeudamiento. Otra disposición normativa comunitaria más reciente que contempla la estabilidad presupuestaria, es el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión.

La reforma constitucional del artículo 135, persigue la garantía de sostenibilidad económica y social de España con la Unión Europea, recogiendo el nuevo articulado la garantía del principio de estabilidad presupuestaria para el conjunto de las Administraciones Públicas. Es la forma de insertar en el texto constitucional un límite del déficit público permitido, sin superar de conformidad con los parámetros comunitarios del 0.4% del PIB, salvo en casos de extraordinaria urgencia.

La segunda reforma constitucional sorprende a la sociedad española, debido a que un mes antes, el 29 de julio, el Presidente del Gobierno anuncia la celebración de

Elecciones Generales -disolviéndose las Cortes Generales el 26 de septiembre y celebrándose los comicios el 20 de noviembre de 2011-. Del mismo modo, el Presidente del Gobierno afirmaba que sólo únicamente se aprobarían aquellas disposiciones legislativas que se encontrasen en la fase final de su tramitación. Dichas palabras se quebraron durante el mes de agosto, cuando la alianza de los líderes europeos Sarkozy-Merkel invitaron a la constitucionalización del límite del déficit público. La propuesta fue atendida por el partido en el Gobierno -PSOE- y el principal partido de la oposición –Partido Popular-, que en pocos días formularon la proposición de reforma constitucional (NUÑO GÓMEZ, 2012: 282-284).

El texto de la proposición de reforma del artículo 135 no era demasiado extenso, con una exposición de motivos más bien escueta y que contenía un artículo único. A su vez instaba en una disposición adicional a la aprobación de una Ley Orgánica -antes del 30 de junio de 2012-, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que desarrolla los mecanismos establecidos en el artículo 135.3 de la Constitución. Además dicho límite podrá ser revisado en 2015 y en 2018, mientras el límite de déficit estructural no entrará en vigor hasta el año 2020.

La reforma se lleva a cabo a través de los procedimientos ordinarios establecidos en los artículos 167 de la Constitución y 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados, por su parte, la urgencia se solicita en virtud de los artículos 93-94, y la tramitación en lectura única según el artículo 150 del Reglamento de las Cortes Generales.

2.1.- Congreso

La proposición de reforma del artículo 135 fue presentada en la Cámara Baja por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular, el 26 de agosto de 2011. La proposición se tramitaba mediante el procedimiento de urgencia y su aprobación en lectura única.

La propuesta fue admitida a trámite por la Presidencia, en virtud de la delegación de la Mesa de fecha 22 de abril de 2008, y determinó su toma de

consideración por parte del Pleno, con audiencia previa de la Junta de Portavoces. El Pleno debía de deliberar respecto al procedimiento de lectura única, dicha opción contaba con suficientes apoyos del arco parlamentario. Aunque sólo contaba con el respaldo de las dos fuerzas proponentes de la reforma. Por tanto podemos decir que no se busca un amplio consenso ó un respaldo mayor, y los dos partidos mayoritarios optan por un camino en solitario, que rompe con la conveniencia para una reforma constitucional de disponer del mayor número de apoyos. En gran medida el grado de consenso (AGUDO ZAMORA, 2005: 96), se obtiene no sólo por el número de diputados y senadores favorables a la reforma, sino también de los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales que respaldan la iniciativa.

La sesión del 30 de agosto del Pleno, se toma en consideración la proposición de reforma, por la vía de tramitación directa y en lectura única. De esta manera la Mesa dispone del periodo de presentación de enmiendas, donde se presentaron veinticuatro¹. Sólo prospera una única enmienda relativa al artículo 135.3 que planteaba modificar “*en relación al*” por “*en relación en*”. La proposición de reforma se somete a votación el 2 de septiembre en el Pleno, cuenta con el respaldo de trescientos dieciséis diputados, y la oposición de cinco diputados.

El Pleno del Congreso de los Diputados, el 7 de septiembre, sometió a debate el Dictamen sobre la Proposición de Reforma con unos resultados de la votación en conjunto del texto de 236 votos a favor y tres en contra. La propuesta no varía ni un ápice con la remitida por la Cámara Baja al Senado, y por tanto el texto aprobado sólo sufre una única modificación de naturaleza gramatical.

Tenemos que cuestionar “el pacto sobre la reforma” de las dos formaciones políticas mayoritarias emprenden un camino de reforma constitucional de forma unilateral. El pacto debería de caracterizarse por la prudencia y la lealtad a la Constitución, y por ende del consenso inicial que facilitó la gestación de la Carta Magna. Sí bien la reforma tendría que tener en cuenta los condicionantes sociales,

¹ Enmiendas presentada por los Grupos Parlamentarios: 2 Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), 4 Grupo de Esquerra Republicana-Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya-Verds, 8 Grupo Catalán (Convergència i Unió), y 10 el Grupo Mixto, de las cuales cinco fueron suscritas por la diputada Díez González, Unión Progreso y Democracia).

políticos y jurídicos (TUR AUSINA, 2009: 732-733), y como decía Häberle las Constituciones viven de lo cotidiano y no de las conmemoraciones (HÄBERLE, 2004: 462). Por ello la necesidad de una consulta popular a la propuesta de reforma, para cohesionar nuestra sociedad democrática avanzada, y ser una Constitución votada por el conjunto de la ciudadanía española –sólo un tercio de las ciudadanas y ciudadanos españoles tuvieron la oportunidad de votar en el Referéndum² del 6 de diciembre de 1978-.

2.2.- Senado

Aprobada la propuesta en el Congreso de los Diputados en texto continúa su *iter legis* en el Senado. El texto aprobado se publicaría en el Boletín de las Cortes Generales el 6 de septiembre de 2011. El texto fue remitido a la Comisión de Constitución del Senado donde se presentaron 29 enmiendas³, cifra superior al Congreso. El 6 de septiembre se debatieron y votaron las enmiendas, que fueron rechazadas en su totalidad y aprobándose la propuesta de texto remitida por el Congreso de los Diputados sin modificación alguna.

La concreción en la reforma que los intereses del Estado y la deuda pública gozan de prioridad absoluta, sin lugar a dudas limita de forma clara la capacidad económica de España. Además puede poner en peligro servicios públicos o gastos sociales, que no deberían estar condicionados a la capacidad financiera, debido a que determinan la calidad y esperanza de vida de la ciudadanía –véase derechos sociales o asistenciales-.

Además el artículo 135, en su apartado cuarto, establece la posibilidad que el Congreso de los Diputados podrían suspender –por mayoría absoluta- los límites de déficit estructural y de deuda pública, en determinadas situaciones especiales, como: catástrofes, situaciones de emergencia e incluso de recesión económica.

² La consulta popular por vía de referéndum planteaba la cuestión: "¿Aprueba el Proyecto de Constitución?", dicha consulta se convoca mediante Real Decreto 2550/1978, de 3 de noviembre, en virtud del artículo 3º de la Ley para la Reforma Política. El Proyecto contaría con el 88.54% de los votos favorables, y participaron el 67.11% de los electores en la consulta popular.

³ Dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario mixto, cuatro por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas, ocho por el Grupo Parlamentario Catalán y quince por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés.

La anterior regulación del artículo establecía una prioridad del pago de la deuda, pero no una primacía como establece la reforma. Del mismo modo la reforma deja muchos flecos, que pueden ocasionar en un futuro no demasiado lejano algunos problemas o incluso afectar a la eficacia de la reforma (LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, 2012: 304). Es más, las prórrogas de su vigencia es un argumento diametralmente opuesto a la premura en la que se desarrolla la reforma (ÁLVAREZ CONDE, 2012: 42).

3.- La aprobación de la segunda reforma constitucional sin ratificación mediante consulta popular

La Constitución Española, en su último Título –Título X-, establece la reforma constitucional, que se puede realizar a partir de dos procedimientos, por un lado, uno agravado –artículo 168- y otro de reforma ordinario –artículo 167-.

3.1.- Una reforma con abrumador respaldo parlamentario y sin apoyo de la ciudadanía

El Presidente del Gobierno Rodríguez Zapatero en su intervención en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 23 de agosto, señalaría que tratándose de una reforma constitucional, lo más conveniente sería realizarla con todo el consenso posible. Dichas palabras distan en gran medida del propio procedimiento desarrollado.

Tan singular pacto de Rodríguez Zapatero y Rajoy para la reforma constitucional sin conocimiento de las directivas de las respectivas formaciones políticas es cuanto menos cuestionable. Se gesta en secreto y de forma extemporánea, con un Parlamento a expensas de disolverse, es una reforma que ha tenido como invitados de piedra al resto de formaciones políticas y a la ciudadanía (BLANCO VALDÉS, 2011a: 12-15). La velocidad en la que se alcanza el pacto y el procedimiento evita la posibilidad que las nuevas generaciones se implique en la ley fundamental, y a su vez que la ciudadanía participe de forma directa en los asuntos públicos -artículo 23 de la Constitución-, no cabe posponer más que la “democracia representativa abra la puerta a la democracia popular” (CUADRA, 2011). No se puede obviar la carencia de

conocer la opinión de la ciudadanía, en una reforma que supone dar prioridad a los intereses financieros frente a los intereses de la ciudadanía.

La aprobación de la reforma por la vía del artículo 167 no establece que sea preceptiva una consulta popular por la vía del referéndum⁴. De la misma manera, la urgencia de la reforma tampoco posibilita un debate social profundo y sosegado de los términos de la reforma siendo incluso calificada como un disparate jurídico y político (BLANCO VALDÉS, 2011b).

El controvertido proceso de reforma propicia un recurso de amparo interpuesto por Gaspar Llamazares y Nuria Buenaventura -representantes del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya-Verds-, frente a la resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados adoptada el 30 de agosto de 2011. La solicitud se sustenta en considerar que los acuerdos de la Mesa vulneran el artículo 23 de la Constitución en sus dos apartados, al reducir el plazo de presentación de enmiendas de 15 días a 48 horas y optan por el procedimiento de lectura única. El Tribunal Constitucional por Auto del Pleno 9/2012, de 3 de enero, inadmite el recurso de amparo presentado al considerar que no se vulneraba el artículo 23.2 de la Constitución aducido por los parlamentarios recurrentes.

La celeridad del proceso de reforma constitucional de 2011 se desarrolla en términos opuestos a las características de los procesos de reforma emprendidos de la Constitución de 1978. Muestra de ello, el Consejo de Ministros acuerda el 4 de marzo de 2005 solicitar al Consejo de Estado informe sobre una reforma constitucional. El máximo órgano consultivo del Estado se pronunciaría afirmado que es estrictamente necesario que las alternativas propuestas fueran lo suficientemente maduras, por la sociedad y las formaciones políticas en un debate continuado y sosegado. Al mismo tiempo que señalaba que los procesos de reforma debían de respetar

⁴El Tribunal Constitucional en su sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, define en su fundamento jurídico 2º que: *“el referéndum como un instrumento de participación directa y política; más en concreto, el referéndum es una especie del género “consulta popular” con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral respecto de asuntos públicos propios del artículo 23 de la Constitución, y que se sustancia a través del correspondiente proceso electoral”.*

escrupulosamente las disposiciones constitucionales de los mecanismos de reforma, que forman parte de la esencia de la democracia. Dicha propuesta de reforma fue abandonada por falta de acuerdo político, pero posibilita un amplio estudio del Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales sobre aspectos que debería de contener una reforma constitucional (RUBIO LLORENTE Y ÁLVAREZ JUNCO, 2006).

La segunda reforma constitucional ocasiona más inconvenientes que soluciones (TORRES DEL MORAL, 2009: 38-39), es fiel reflejo de la distancia creciente entre la “clase política” y la “sociedad civil”, que se traduce en una progresiva depreciación de la política de forma progresiva y continua. Se puede calificar que la situación actual en España de desafección política desemboca en una democracia de baja intensidad (CASTELLÀ ANDREU, 2012: 200-201). La reforma constitucional teniendo en consideración su alcance, es una oportunidad perdida, para mejorar nuestra calidad democrática incrementando su intensidad y haciendo posible una aproximación o identidad de la sociedad en las decisiones adoptadas por los poderes públicos (TUR AUSINA, 2012: 147-148).

3.2.- Los déficits democráticos de la reforma del artículo 135 de la Constitución

La adopción del procedimiento de lectura única y por la vía de urgencia de la segunda reforma constitucional, no sólo limita la capacidad de los grupos parlamentarios, también restringe la capacidad del conjunto de la ciudadanía.

El procedimiento de lectura única es excepcional, siendo tramitado directamente en Pleno y no previamente en Comisión, es una tramitación sumaria, donde no caben enmiendas al articulado, sólo al conjunto del texto. En definitiva es un proceso que deja poco margen al debate parlamentario y circunscribe en gran medida la capacidad de las parlamentarias y parlamentarios.

La urgencia no se encuentra suficientemente justificada, cuestión que deriva en posiciones doctrinales que consideran sin lugar a dudas la ausencia de la misma (CARRERAS, 2011: 16). Así instrumentos jurídicos que posibilitaban el control del déficit y el equilibrio presupuestario, se encontraban en vigor desde 2001, por tanto no cabía

esa necesidad o urgencia. En todo caso, la reforma de los instrumentos legislativos adoptados en 2001.

En cuanto a la necesidad o la urgencia en caso de existir es muy diferente, y más aún en relación a los contenidos que aborda la reforma (ÁLVAREZ CONDE, 2007: 149).

Por otro lado, con respecto al artículo 135 su contenido se encuentra vacío, su primer apartado tienen escasa efectividad, mientras el apartado segundo remite al derecho comunitario, y el tercero recoge los mismo términos que el precepto constitucional reformado (CARRERAS, 2011: 16). En cuanto al apartado cuatro de suspensión cautelar de la reforma, nos pone un argumento más para sostener la posición que la reforma no era necesaria ni por su urgencia ni por el fondo de la misma.

La corta vigencia de la reforma constitucional ha demostrado que una de las cuestiones que motivaban, como era que se reduciría la prima de riesgo española y la capacidad de endeudamiento o de recursos financieros de España sería mayor o a un menor interés, no se han producido en los niveles anunciados. Siguiendo los mercados financieros otorgando una confianza condicionada y una prima de riesgo elevada y sostenida a lo largo del tiempo. En definitiva, podemos concluir señalando que el reformado artículo 135, no era necesario que es imperfecto y además se utiliza un procedimiento de técnica normativa malo (NUÑO GÓMEZ, 2012: 299).

La reforma debería de haberse planteado con el conocimiento de todos los grupos parlamentarios, buscando el consenso característico que debe primar en materia de reforma constitucional. Nunca debería de haberse dejado a la ciudadanía como un mero espectador, debería de haberse consultado la reforma. En palabras de Jellinek, los referendos en las sociedades democráticas disponen de una vertiente política esencial para el control de la legislación, y con ello evitar medidas legislativas impopulares (JELLINEK, 1991: 88-89). Con la consulta popular por vía del referéndum se hubiera generado la posibilidad de reducir la distancia entre representantes y representados. La reforma constitucional total contempla el referéndum como trámite

necesario –artículo 168-, y la parcial como opcional –artículo 167-, pero en nuestras sociedades democráticas avanzadas todas las reformas constitucionales deben de someterse a consulta de la ciudadanía. En este caso, la consulta popular no hubiera producido grandes costes económicos para el erario público, pudiéndose celebrar la misma fecha de las Elecciones Generales del 20-N.

Por último, la segunda reforma constitucional ha mantenido el poco aprecio de los constituyentes a las instituciones de democracia directa, y *horror populi* a las consultas populares (PUNSET, 2012: 28).

3.3.- La opción del artículo 167.3 de la Constitución para la ratificación de la reforma del artículo 135

El artículo 167.3 de la Constitución instituye la posibilidad de someter la propuesta de reforma constitucional aprobada en las Cortes Generales a referéndum. Para ello se precisa que una décima parte de los Diputados en el Congreso ó de los Senadores en la Cámara Alta soliciten un referéndum para su ratificación.

Los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular consideraron realizar la reforma en virtud del artículo 167, sin embargo otras fuerzas parlamentarias consideraban más apropiado la vía del artículo 168. A nivel doctrinal nos encontramos con las dos posturas existentes, por un lado, profesores como Gregorio Peces Barba ó Francisco Javier Pérez Royo, no consideraban necesario el referéndum constitucional, mientras otros eran favorables al proceso deliberativo de la ciudadanía, como Vicenç Navarro o López Garrido. Además López Garrido entiende la posibilidad de realizar un referéndum como la oportunidad de ratificación de la Constitución y una vinculación con la ciudadanía de la misma, ya que la Constitución actualmente apenas fue aprobada por un tercio de la población que la tiene como la disposición cumbre del ordenamiento jurídico en España (LÓPEZ GARRIDO, 2012). Esta última reflexión, consideramos que es la más adecuada, porque es una reválida del texto constitucional por la ciudadanía. Igualmente tiene una relación directa con las palabras de Jefferson, que *“el poder constituyente de un día no puede condicionar el poder constituyente del mañana”*. Del mismo con los postulados de la Constitución Francesa de 1793, que

establece que la nación goza del derecho imprescriptible de cambiar su Constitución, con la máxima que las leyes de una generación no pueden sujetar a las futuras generaciones (ÁLVAREZ CONDE Y TUR AUSINA, 2014: 110-114).

La Constitución Española de 1978 no contempla la capacidad de la ciudadanía de solicitar una consulta popular de carácter legislativo -como sucede en Italia- y menos aún la posibilidad de iniciar una reforma total o parcial de la Constitución como sucede en la Confederación Helvética. Sin lugar a dudas, una reforma constitucional sin una participación directa de la ciudadanía, relegada a un segundo plano y sin posibilidad de participación directa en la formación de la voluntad del Estado.

4.- Consideraciones finales

La vigencia de la Constitución Española a lo largo del tiempo y de forma particular en los aniversarios han surgido voces que plantean reformas para adecuarse a las nuevas exigencias sociales y políticas (TUR AUSINA, 2012: 106-107), derivadas de las nuevas realidades o del ocaso del texto constitucional, en ese momento se hace necesario la reforma constitucional.

Sí atendemos al derecho comparado las Constituciones de nuestro entorno han sufrido muchas más reformas que la Española, al igual que otros textos con una vigencia similar, como puede ser los casos de Portugal o Grecia. Por el contrario, si la comparación la realizamos con los textos Constitucionales Españoles desde la promulgación de la Constitución Española en Cádiz en 1812, apreciamos que el instituto de la reforma constitucional no ha sido apenas puesto en práctica a lo largo de la historia constitucional española (ÁLVAREZ CONDE Y TUR AUSINA, 2014: 121-128).

Por lo que respecta a la segunda reforma constitucional de la Constitución de 1978, desde nuestra perspectiva no era necesaria, y no concurría ni la urgencia ni la necesidad. En todo caso una reforma legislativa hubiera sido suficiente para hacer mayor hincapié a la cuestión de los límites del endeudamiento, que ya se encuentran presentes en nuestro ordenamiento desde 1997, a partir de la legislación comunitaria o más recientemente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio, que determina las competencias del Estado para establecer los límites de endeudamiento

de todas las Administraciones públicas -por tanto también las administraciones locales y autonómicas-.

En segundo lugar, siendo una reforma que limita la capacidad del conjunto de las Administraciones Públicas, hubiera sido cuanto menos conveniente una consulta a las Administraciones Autonómicas y Locales o al Consejo de Estado.

En tercer lugar, a nadie se le ocurre cuestionar la legitimidad de la reforma, sí el procedimiento, que no es el más coherente. No es lo mismo una reforma ratificada mediante una consulta popular que la aprobada únicamente por las Cortes Generales, y mayor abundamiento siendo su *iter legislativo* determinado por procedimientos de urgencia y de lectura única, que limitan en gran medida la capacidad de los diputados y senadores. Dada la naturaleza de una reforma constitucional y la desafección política en España, tendría que haberse aprobado la reforma mediante consultas popular por la vía del referéndum. Una vez más nuestros grupos parlamentarios, en concreto los mayoritarios, han procedido en sentido inverso al que solicita la ciudadanía, en un contexto de desafección donde la distancia entre representantes y representados aumenta. Han perdido una oportunidad de aproximar una decisión tan significativa como una reforma constitucional, en definitiva ha sido una reforma no madurada y menos consultada. Al mismo tiempo han resquebrajado el consenso en materia constitucional existente entre las formaciones políticas españolas.

En cuarto lugar, se pierde la posibilidad de ratificación por parte de la ciudadanía de la reforma, y sobre todo como afirmaba Jefferson la posibilidad de ser validada por otra generación y no convertirse la Constitución en un texto perpetuo, sino en un texto de vivo.

Por último, podemos concluir que la reforma tiene cuerpo de Constitución pero tiene alma de Ley.

Bibliografía

AGUDO ZAMORA, Miguel Jesús (2005). "Reformas constitucionales: ¿conveniencia o necesidad?". *Boletín de la Real Académica de Córdoba*, nº 149, p. 85-96.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario (2014). *Derecho Constitucional*, Madrid: Tecnos.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE (2012). "La reforma (preventiva) constitucional de 2011". En Álvarez Conde y Souto Galván (Dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Serie Problemas Jurídicos Contemporáneos nº 4. Madrid: Instituto de Derecho Público, p. 17-44.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2007). *Reforma constitucional y Reformas estatutarias*, Madrid: Iustel.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2005). "Reforma constitucional y reformas estatutarias". *Revista Española de la Función consultiva*, nº 4, p. 35-78.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (1990). *El Régimen Político Español*, Madrid: Tecnos.

BLANCO VALDÉS, Roberto Luis (2011a). "La reforma de 2011: de las musas al teatro". *Claves de la Razón Práctica*, nº 216, p. 8-18.

BLANCO VALDÉS, Roberto Luis (2011b). "Un disparate jurídico y político". *ABC*, 27 de agosto.

Cabo Martín, Carlos de (2003). *La Reforma Constitucional, en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

CARRERAS, Francesc de (2011). "Inútil, vacía y mal tramitada". *La Vanguardia*, 1 de septiembre.

CASTELLÀ ANDREU, Josep María (2011). "Las consultas populares en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña". En Álvarez Conde y Villaverde, Cecilia (Dirs.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Serie de Problemas Jurídicos contemporáneos, nº 2. Madrid: Instituto de Derecho Público, p. 197-234.

CUADRA, Bonifacio de la (2011). “La Constitución merece una reforma”. *El País*, 6 de diciembre.

GARCÍA PELAYO, Manuel (2009). *Derecho Constitucional comparado, en obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HÄBERLE, Peter (2004). “La ejemplaridad de la Constitución de 1978 desde una perspectiva común Europea”. En Balaguer Callejón, *XXXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*. Málaga: Diputación Provincial de Málaga, p. 461-482.

HESSE, Konrad (2001). *Escritos de Derecho constitucional*. Cruz Villalón y Azpitarte Sánchez (Eds.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

JELLINEK, Georg (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Förster y revisada por Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

KELSEN, Hans (1979). *Historia General del Derecho y del Estado*. México: Textos Universitarios.

LOEWENSTEIN, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*. Traducción de Gallego Anabirarte. Barcelona: Ariel.

LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia (2012). “Implicaciones de la Reforma Constitucional. La relevancia constitucional”. En Álvarez Conde y Souto Galván (Dir.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Serie Problemas Jurídicos Contemporáneos n.º4. Madrid: Instituto de Derecho Público, p. 301-318.

LÓPEZ GARRIDO, Diego (2012). “Necesitamos una reforma constitucional”. *El País*, 5 de diciembre.

NUÑO GÓMEZ, Laura (2012). “La Reforma Constitucional a debate”. En Álvarez Conde y Souto Galván (Dir.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Serie Problemas Jurídicos Contemporáneos n.º4. Madrid: Instituto de Derecho Público, p. 282-299.

PÉREZ ROYO, Francisco Javier (2011). "La reforma constitucional en perspectiva". *El País*, 5 de septiembre.

PÉREZ ROYO, Francisco Javier (1986). "La reforma de la Constitución". *Revista de Derecho Político*, nº 22, p. 7-60.

PÉREZ SERRANO, Nicolás (1984). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas.

PUNSET, Ramón (2012). "Aporías de la reforma constitucional en España". *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, nº31, p. 26-34.

RUBIO LLORENTE, Francisco y ÁLVAREZ JUNCO, José (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma Constitucional: texto del informe y debates académicos*. Madrid: Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

TORRES DEL MORAL, Antonio (2009). "Estado Autonómico, segunda fase". En Vera Santos y Díaz Revorio, *La Reforma Estatutaria y Constitucional*. Madrid: La Ley, p. 33-81.

TUR AUSINA, Rosario (2012). "Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias". En Garrido Mayol (Ed.), *La solidaridad en el Estado Autonómico*. Valencia: Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, Univesitat de València-Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, p. 119-148.

TUR AUSINA, Rosario (2009). "Los condicionantes actuales de la reforma de la Constitución de 1978. Particular mención al proceso de reformas estatutarias". En Vera Santos y Díaz Revorio, *La Reforma Estatutaria y Constitucional*. Madrid: La Ley, p. 717-735.

