

2.2023 La Commissione di Venezia oggi

2.2023 La Commissione di Venezia oggi



Percorsi costituzionali

Giuseppe de Vergottini
Perché la Commissione di Venezia

Christoph Grabenwarter
The Venice Commission: Its Functioning and Significance in the European Constitutionalism

Ángel Sánchez-Navarro
Venice Commission, rule of law and separation of powers

Josep M. Castellà Andreu
Il modello di democrazia della Commissione di Venezia e la sua rilevanza per la minaccia del populismo

Elena Ferioli
Democrazie tolleranti e tutela dell'opposizione parlamentare: il contributo della Commissione di Venezia

Tania Groppi
La Commissione di Venezia e l'autonomia locale: una "priorità" ancora da sviluppare pienamente. Prime considerazioni

Valeria Piergigli
La Commissione di Venezia e l'interpretazione dei poteri di emergenza

Pierre Brunet
The elusive quest of the democracy of compromise. Note on the Venice Commission's Interim Opinion on Article 49.3 of the French Constitution

Francesco Duranti
La Commissione di Venezia: *Comparative Law in Action*

Fabio Giovagnoli
L'instancabile contributo della commissione di Venezia per la tutela dell'indipendenza dei giudici

Maria A. Stefanelli
Mercato, consumatori digitali, giustizia predittiva. Le recenti proposte di revisione della normativa europea in materia di soluzione alternativa delle controversie

Ludwig v. Rönne
Il diritto pubblico della monarchia prussiana



Percorsi costituzionali

2.2023



Jovene editore

Direttore

Giuseppe de Vergottini

Comitato Direttivo

Gaetano Caputi, Tommaso Edoardo Frosini, Raffaele Perna

Gaetano Quagliariello, Gennaro Terracciano, Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato scientifico

Luca Antonini, Carla Bassu, Giuseppina Giuliana Carboni, Ginevra Cerrina Feroni

Antonio D'Aloia, Elena D'Orlando, Felice Giuffrè, Susanna Mancini

Claudio Martinelli, Luca Mezzetti, Giuseppe Morbidelli, Ida Nicotra

Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Giovanni Pitruzzella, Giulio Maria Salerno

Fiammetta Salmoni, Lucia Scaffardi, Maria Alessandra Stefanelli

Lorenza Violini, Niccolò Zanon

Comitato Internazionale

Alessandro Amaya (Argentina), Francisco Balaguer Callejon (Spagna)

Armin von Bogdandy (Germania), David Capitant (Francia), Selin Esen (Turchia)

Marcelo Figueiredo (Brasile), Anna Gamper (Austria), Yasuo Hasebe (Giappone)

Chris Himsworth (Scozia), Peter Hilpold (Austria), Peter Leyland (Inghilterra)

Otto Pfersmann (Francia), Calogero Pizzolo (Argentina), Michel Rosenfeld (USA)

Dominique Rousseau (Francia), Pedro Tenorio (Spagna)

Comitato di Redazione

Ulrike Haider-Quercia (capo redattore), Francesco Biagi, Chiara D'Alessandro

Luigi Ferraro, Elena Ferioli, Justin O. Frosini, Claudia Marchese, Andrea Pin

Francesca Polacchini, Edoardo Raffiotta, Silvia Sassi, Serena Sileoni

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: € 70,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520
indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;

b) a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo

se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore

su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

I contributi pubblicati su questo fascicolo sono soggetti a valutazione

da parte di un comitato di referee.

Tutti i contributi inviati per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a procedure

di revisione ai sensi del Regolamento della procedura di valutazione dei contributi

proposti per la pubblicazione su «Percorsi costituzionali».

ISSN 1974-1928 - Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 17 del 25 marzo 2014

Finito di stampare nel giugno 2024 - Grafica elettronica - Napoli

INDICE

2.2023

La Commissione di Venezia oggi

EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Perché la Commissione di Venezia* p. 303

SAGGI

- CHRISTOPH GRABENWARTER, *The Venice Commission: Its Functioning and Significance in the European Constitutionalism* » 317
- ÁNGEL SÁNCHEZ-NAVARRO, *Venice Commission, rule of law and separation of powers* » 337
- JOSEP MARIA CASTELLÀ ANDREU, *Il modello di democrazia della Commissione di Venezia e la sua rilevanza per la minaccia del populismo* » 359
- ELENA FERIOLI, *Democrazie tolleranti e tutela dell'opposizione parlamentare: il contributo della Commissione di Venezia* » 381
- TANIA GROPPI, *La Commissione di Venezia e l'autonomia locale: una "priorità" ancora da sviluppare pienamente. Prime considerazioni* » 397
- VALERIA PIERGIGLI, *La Commissione di Venezia e l'interpretazione dei poteri di emergenza* » 423
- PIERRE BRUNET, *The elusive quest of the democracy of compromise. Note on the Venice Commission's Interim Opinion on Article 49.3 of the French Constitution* » 447
- FRANCESCO DURANTI, *La Commissione di Venezia: Comparative Law in Action* » 463
- FABIO GIOVAGNOLI, *L'instancabile contributo della Commissione di Venezia per la tutela dell'indipendenza dei giudici* » 483

OSSERVATORIO

MARIA ALESSANDRA STEFANELLI, *Mercato, consumatori digitali, giustizia predittiva. Le recenti proposte di revisione della normativa europea in materia di soluzione alternativa delle controversie* p. 515

PASSATO E PRESENTE

LUDWIG V. RÖNNE, *Il diritto pubblico della monarchia prussiana* (parte seconda) (traduzione a cura di Clemente Forte) » 533

Elenco collaboratori » 587

EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

PERCHÉ LA COMMISSIONE DI VENEZIA

La Commissione di Venezia concorre da più di un trentennio al sostegno della democrazia, dei diritti umani e del *Rule of Law* tramite la elaborazione di numerosi documenti, rapporti, *legal opinions* e raccomandazioni, su richiesta degli Stati interessati, delle istituzioni del Consiglio d'Europa e di altre organizzazioni internazionali. E tutto ciò nel rispetto rigoroso dello stato di diritto rafforzando la costruzione di una comunità giuridica europea fondata su valori condivisi in un costante dialogo tra le giurisdizioni dei suoi Stati membri.

Al fine di fornire la consulenza richiesta, la Commissione – oltre ad impiegare diffusamente la giurisprudenza della Corte EDU – utilizza principalmente quello che può definirsi lo “European constitutional heritage” che discende dalla sedimentata cultura costituzionale sviluppatasi nel continente a partire dagli albori del costituzionalismo moderno, che implica, da parte della Commissione, «distilling best practices from comparative constitutional law», attraverso una intensa “intellectual and interpretative activity aimed at comparing those different experiences and drawing principled conclusions from the domestic choices of the European Countries».

Trascorsi oltre trenta anni dalla sua istituzione, la Commissione si è ormai imposta quale autentica autorità di riferimento – anche oltre i confini europei – in materia di assistenza e consulenza costituzionale a favore dei paesi e degli organismi internazionali che richiedono la sua opera consultiva.

La Commissione ha attivamente partecipato – sin dal tramonto dei regimi comunisti nell'Europa centro-orientale – a numerosi processi costituenti in vari paesi del mondo, fornendo il suo qualificato supporto tecnico-giuridico alle assemblee chiamate a redigere i nuovi testi costituzionali, in particolar modo in tutti quegli ordinamenti in transizione dall'autoritarismo alla democrazia, contribuendo in modo

efficace a quella fertile contaminazione delle idee e degli istituti costituzionali che caratterizza gli ordinamenti contemporanei.

Di grande interesse per il giurista è l'importanza assunta dal diritto comparato nel lavoro della Commissione.

Per svolgere efficacemente il complesso delle delicate funzioni che le sono attribuite, la Commissione si avvale sempre più convintamente della comparazione costituzionale, condotta con particolare attenzione ai differenti contesti – costituzionali, politici e culturali – nei quali si colloca il suo intervento, senza trascurare di cogliere adeguatamente ed in profondità analogie e differenze tra gli ordinamenti, in modo tale da indicare con appropriatezza comparativa quali possano essere le conseguenze delle scelte costituzionali che le varie autorità richiedenti la consulenza si apprestano ad adottare.

L'approccio flessibile e pragmatico ai compiti di consulenza ed assistenza costituzionale che le sono affidati, così come l'indipendenza e la elevata qualificazione scientifica e professionale dei suoi componenti, hanno così contribuito a rendere la Commissione una vera e propria istituzione di riferimento in materia.

Tutto ciò è particolarmente favorito dalla composizione stessa della Commissione, nella quale sono istituzionalmente compresenti accademici appartenenti a differenti settori disciplinari (costituzionalisti, comparatisti, internazionalisti, scienziati della politica), oltre a giudici costituzionali (in carica e a riposo), di oltre sessanta paesi, con la conseguenza di rendere la Commissione un luogo di fertile, stimolante, confronto e dialogo tra le differenti culture, politiche e costituzionali, del mondo.

* * *

La scelta di dedicare un fascicolo monografico alla Commissione di Venezia nasce da due considerazioni. La prima è che si tratta di uno degli organi del Consiglio d'Europa più efficaci nella diffusione e nella tutela del principio democratico, dello stato di diritto e dei diritti umani. La seconda è che si tratta anche di uno degli organi europei meno conosciuti dall'opinione pubblica e, talvolta, anche dai componenti delle istituzioni nazionali e scientifiche dei paesi membri.

L'obiettivo del fascicolo è offrirne una raffigurazione derivante da una pluralità di punti di osservazione: membri della Commis-

sione, consulenti del Consiglio d'Europa e comparatisti particolarmente sensibili all'attività di assistenza costituzionale svolta dalla Commissione nell'ultimo trentennio. Il risultato di questa sinergica riflessione include l'analisi di vari profili dell'attività dell'organo: le origini, la composizione e le modalità di lavoro; le principali linee di azione sviluppate costantemente sin dalla nascita e rispetto alle quali si è consolidato un patrimonio di *soft-law* di indubbio pregio e prestigio; gli interventi su questioni di peculiare attualità nell'ambito delle dinamiche costituzionali contemporanee; la prospettiva di un maggiore coordinamento fra alcuni degli organi del Consiglio d'Europa impegnati nel supporto alla qualità democratica dei processi decisionali nazionali.

* * *

La genesi, la composizione e le modalità di funzionamento della Commissione di Venezia sono essenziali per comprendere l'originalità di questo organismo sovranazionale deputato alla perimetrazione e alla garanzia del patrimonio costituzionale europeo ben oltre i limiti territoriali e funzionali delle istituzioni rappresentate dall'Unione europea. Come evidenziato da Christoph Grabenwarter (Presidente della Corte costituzionale austriaca oltre che membro della Commissione) e da Francesco Duranti, la decisiva intuizione di Antonio La Pergola del 1990 ha spinto il Consiglio d'Europa all'attivazione di un organo di assistenza costituzionale e legislativa cui attualmente aderiscono 61 stati. La natura imparziale dell'organo è presidiata da regole assai dettagliate. Ai sensi dello Statuto istitutivo, la Commissione è un «organismo consultivo indipendente» (art. 1), composto da «esperti indipendenti che hanno raggiunto l'eccellenza per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo all'avanzamento del diritto e della scienza politica» (art. 2). Il medesimo art. 2 precisa che i componenti della Commissione partecipano ai lavori a titolo individuale e che «non possono ricevere né accettare istruzioni» da parte delle autorità di designazione – in genere gli esecutivi degli Stati membri – che nominano un componente (ed un sostituto) per un mandato di quattro anni rinnovabile (senza limiti). In virtù delle modifiche regolamentari adottate nel marzo 2023, i membri della Commissione devono attenersi alle norme di un Codice di condotta la cui violazione può comportare l'esclusione dai lavori o persino la destituzione.

Per quanto riguarda la sollecitazione della consulenza su questioni riguardanti specifiche situazioni nazionali, l'impulso può venire sia da soggetti istituzionali di uno stato membro che da organi del Consiglio d'Europa o da altri organismi internazionali coinvolti nei lavori della Commissione. Sono quindi esclusi interventi *motu proprio*, in modo tale che i pareri resi dalla Commissione (*opinions*) abbiano un oggetto determinato dal tenore della richiesta di intervento. La procedura istruttoria si realizza attraverso una serie di fasi caratterizzate dalla scrupolosità dell'indagine e dalla ricerca di un dialogo effettivo con le autorità nazionali; infatti, il gruppo di esperti designato allo studio del caso organizza incontri con le autorità nazionali che hanno richiesto la consulenza e con altri soggetti portatori di interessi rilevanti per il tema trattato. La natura partecipativa del metodo di elaborazione dei pareri riflette la natura collaborativa dell'agire del Consiglio d'Europa e rappresenta un decisivo fattore di legittimazione degli interventi della Commissione. Malgrado l'efficacia non vincolante dell'assistenza, questa costante istituzionalizzazione del dialogo ha rafforzato la concreta diffusione di una cultura costituzionale comune.

Oltre alla predisposizione di pareri specifici, la Commissione di Venezia alimenta la disseminazione di standards giuridici europei mediante la periodica redazione di studi in grado di offrire un punto di riferimento tematico. Tali studi assumono le diverse forme del *report*, della *compilation* o della *checklist* e sintetizzano il distillato degli indirizzi emersi durante gli anni nell'esercizio della funzione di assistenza costituzionale con riferimento a settori di particolare importanza per la qualità democratica degli ordinamenti statali. Fra i temi più ricorrenti appaiono i sistemi elettorali, le libertà politiche, la libertà di espressione, la separazione dei poteri, lo stato di diritto, l'indipendenza del potere giudiziario, la giustizia costituzionale, gli strumenti di democrazia diretta. Fra i temi di più recente attenzione affiorano i poteri di emergenza delle autorità statali, il bilanciamento fra sicurezza e limitazione dei diritti fondamentali, il bicameralismo, i sistemi di sorveglianza digitale.

* * *

Le ricerche qui confluite valorizzano i parametri del costituzionalismo europeo contemporaneo continuativamente promossi dalla Commissione di Venezia. Primo fra tutti quello della *Rule of Law*

che, secondo gli spunti di Angel Sánchez Navarro (già membro della Commissione), si fonda sulla concreta difesa del principio di legittimità e di legalità delle fonti statali e sub-statali, della certezza del diritto e del parallelo contenimento della discrezionalità istituzionale nei procedimenti deliberativi nazionali, del rispetto dei diritti umani inteso come sostanziale tutela da ogni forma di irragionevole discriminazione e dell'accesso a sistemi giudiziari indipendenti e imparziali (profilo esaminato nel dettaglio da Fabio Giovagnoli, membro della Commissione). Un secondo parametro, complementare al primo, riguarda l'affidamento della separazione orizzontale dei poteri all'esistenza di un effettivo pluralismo politico. In questo senso vanno le argomentazioni di Elena Ferioli sulla crescente attenzione della Commissione di Venezia nei confronti dell'opposizione politica parlamentare ed extra-parlamentare, da presidiare tramite fonti normative nazionali di vario livello capaci di istituzionalizzare le manifestazioni di dissenso verso l'indirizzo politico delle maggioranze governative. Nella medesima direzione vanno le osservazioni di Josep Castellà Andreu (già membro della Commissione), che dimostra l'efficacia 'anti-pluralista' dell'esaltazione della democrazia diretta (di investitura o deliberativa) promossa con successo da alcuni partiti politici nazionali nell'ultimo ventennio.

* * *

Se il rispetto dei parametri sinora illustrati risulta tutto sommato agevole in periodi di normalità, non altrettanto può dirsi nelle situazioni di emergenza interna, internazionale o transnazionale. Il saggio di Valeria Piergigli mette in luce quanto anche le c.d. democrazie mature abbiano faticato nel rispondere alle diverse situazioni emergenziali degli ultimi decenni senza derogare, in misura più o meno consistente, ai principi garantisti tipici del costituzionalismo democratico. Tanto da indurre la Commissione alla redazione di specifici indirizzi su quali siano i margini di legittimità di tali deroghe durante gli stati di emergenza (in particolare nei documenti CDL-PI (2020) 003, *Compilation of Venice Commission. Opinions and Reports on State of Emergency* e CDL-AD (2020) 018, *Interim Report on the Measures Taken in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and Their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*).

* * *

Fra le priorità che hanno impegnato la Commissione sin dall'inizio figura anche quella relativa al contributo che le autonomie locali e regionali possono dare al rafforzamento della democrazia. Non a caso, proprio nel 1994 nasce il Congresso dei poteri locali e regionali per consentire una specifica rappresentanza degli enti territoriali in grado di affiancare l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nelle questioni di rilevanza prettamente locale e di monitorare l'applicazione della Carta europea dell'autonomia locale mediante uno stabile raccordo con le istituzioni locali. Tuttavia, l'idea di un bicameralismo differenziato a presidio della separazione verticale dei poteri ha registrato una perfettibile attuazione. La qualificata analisi di Tania Groppi (vicepresidente del Gruppo di esperti indipendenti sulla Carta europea dell'autonomia locale e consulente costituzionale del Congresso dei poteri locali e regionali), individua la ragione di tale criticità nell'assenza di raccordi istituzionali fra il Congresso e la Commissione di Venezia; una criticità testimoniata dal fatto che, nella maggior parte dei pareri formulati dalla Commissione in tema di governi locali, gli specifici riferimenti al valore dell'autonomia sono rari a fronte di generiche considerazioni sulla qualità dei sistemi elettorali. Un ripensamento di simile quadro sembra emergere dai *Reykjavík Principles for Democracy* approvati durante il vertice del maggio 2023, nei quali viene espressamente sottolineata la rilevanza di una effettiva garanzia della separazione verticale dei poteri statali come strumento di tutela della democrazia pluralistica.

* * *

Conclusivamente, *Percorsi Costituzionali* aprendo un dibattito sulla Commissione di Venezia ha inteso soffermarsi su una realtà che è emersa nei decenni trascorsi come uno dei centri promotori della armonizzazione costituzionale fra ordinamenti europei ad un tempo ponendosi come modello di riferimento per numerose realtà politiche anche al di là dei confini del continente europeo. E in effetti la Commissione ha svolto un ruolo chiave nell'adozione di costituzioni conformi agli standard del patrimonio costituzionale europeo, promuovendo i valori dello stato di diritto ma ha ad un tempo privilegiato nella sua attività obiettivi di armonizzazione fra i sistemi di garanzia dei diritti ponendosi ormai come inevitabile riferimento di un vasto scenario di armonizzazione del diritto costituzionale superando i tradizionali limiti dei particolarismi statali.

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

WHY THE VENICE COMMISSION

For more than thirty years, the Venice Commission has been contributing to the support of democracy, human rights, and the rule of law by drawing up numerous documents, reports, opinions and recommendations at the request of interested states, the institutions of the Council of Europe and other international organisations. And all this with strict respect for the rule of law by strengthening the construction of a European legal community based on shared values in a constant dialogue between the jurisdictions of its Member States.

In order to provide the requested advice, the Commission – in addition to making extensive use of the case law of the European Court of Human Rights – mainly refers to what can be defined as the “European constitutional heritage” that stems from the sedimented constitutional culture developed on the continent since the dawn of modern constitutionalism, which implies, on the part of the Commission, “distilling best practices from comparative constitutional law”, through an intense “intellectual and interpretative activity aimed at comparing those different experiences and drawing principled conclusions from the domestic choices of the European Countries”.

More than thirty years after its establishment, the Commission has now established itself as a genuine reference authority – even beyond Europe’s borders – in the field of constitutional assistance and advice to countries and international bodies that request its consultative work.

Since the demise of the communist regimes in Central and Eastern Europe, the Commission has actively participated in numerous constitution-making processes in various countries around the world, providing its qualified technical-legal support to the assemblies called upon to draft new constitutional texts, particularly in all

those systems in transition from authoritarianism to democracy, effectively contributing to the fertile contamination of ideas and constitutional institutions that characterises contemporary systems.

Of great interest to the legal scholars is the importance of comparative law in the Commission's work.

In order to effectively perform the delicate functions entrusted to it, the Commission is increasingly making use of constitutional comparison, conducted with particular attention to the different contexts – constitutional, political and cultural – in which its intervention takes place, without neglecting to adequately and thoroughly grasp the similarities and differences between the systems, so as to indicate with comparative appropriateness what the consequences of the constitutional choices that the various authorities requesting advice are preparing to adopt may be.

The flexible and pragmatic approach to the constitutional advice and assistance tasks entrusted to it, as well as the independence and high scientific and professional qualification of its members, have thus contributed to making the Commission a true reference institution in the field.

This is particularly favoured by the very composition of the Commission, which institutionally includes academics from different disciplinary fields (constitutional scholars, comparative and international lawyers, political scientists), as well as constitutional judges (incumbent and retired), from over sixty countries, with the consequence of making the Commission a place of fertile, stimulating discussion and dialogue between the world's different political and constitutional cultures.

* * *

The decision to devote a monographic issue to the Venice Commission stems from two considerations. The first is that it is one of the most effective Council of Europe bodies in disseminating and protecting the principle of democracy, the rule of law, and human rights. The second is that it is also one of the European bodies that is least known to the public, and sometimes even to members of the national and scientific institutions of the Member States.

The aim of this issue is to offer a portrayal derived from a plurality of point of view: members of the Commission, Council of Eu-

rope consultants and comparative constitutional scholars particularly sensitive to the Commission's constitutional assistance activity over the last thirty years. The result of this synergic reflection includes the analysis of various profiles of the body's activity: its origins, composition and working methods; the main lines of action developed constantly since its establishment and in respect of which it has consolidated a wealth of soft-law of undoubted value and prestige; the interventions on issues of particular relevance in the context of contemporary constitutional dynamics; the prospect of greater coordination between some of the Council of Europe's bodies engaged in supporting the democratic quality of national decision-making processes.

* * *

The genesis, composition and *modus operandi* of the Venice Commission are essential to understand the originality of this supranational body deputed to perimeter and guarantee the European constitutional heritage far beyond the territorial and functional limits of the institutions represented by the European Union. As pointed out by Christoph Grabenwarter (President of the Austrian Constitutional Court as well as a member of the Commission) and Francesco Duranti, Antonio La Pergola's decisive intuition in 1990 prompted the Council of Europe to set up a constitutional and legislative assistance body to which 61 states currently belong. The impartial nature of the body is governed by very detailed rules. According to its founding statute, the Commission is an "independent advisory body" (Art. 1), composed of "independent experts who have achieved excellence by their experience in democratic institutions or by their contribution to the advancement of law and political science" (Art. 2). The same Art. 2 specifies that the members of the Commission participate in its work in an individual capacity and that they "may neither receive nor accept instructions" from the designating authorities – generally the executives of the Member States – which appoint a member (and a replacement) for a four-year renewable term (without limit). By virtue of the regulatory changes adopted in March 2023, members of the Commission must abide by the rules of a Code of Conduct, the violation of which may lead to exclusion from the work or even removal from office.

With regard to the solicitation of advice on matters concerning specific national situations, the impulse may come either from institutional actors of a Member State or from Council of Europe bodies or other international bodies involved in the work of the Commission. Thus, *motu proprio* interventions are excluded, so that the opinions rendered by the Commission have a subject matter determined by the tenor of the request for intervention. The preliminary investigation procedure is carried out through a series of stages characterised by the thoroughness of the investigation and the pursuit of an effective dialogue with the national authorities. In fact, the group of experts appointed to study the case organises meetings with the national authorities that have requested the advice and with other stakeholders relevant to the subject matter. The participatory nature of the method of preparing opinions reflects the collaborative nature of the Council of Europe's action and is a decisive factor in the legitimacy of the Commission's interventions. Despite the non-binding effectiveness of the assistance, this constant institutionalisation of dialogue has reinforced the concrete dissemination of a common constitutional culture.

In addition to the preparation of specific opinions, the Venice Commission nurtures the dissemination of European legal standards through the periodic drafting of studies that provide a thematic point of reference. These studies take the various forms of a report, compilation or checklist and summarise the distillation of the guidelines that have emerged over the years in the exercise of the constitutional assistance function with reference to sectors of particular importance for the democratic quality of state systems. Among the most recurrent themes are electoral systems, political freedoms, freedom of expression, separation of powers, the rule of law, independence of the judiciary, constitutional justice, and instruments of direct democracy. More recent topics include the emergency powers of state authorities, the balance between security and the limitation of fundamental rights, bicameralism, and digital surveillance systems.

* * *

The research collected here enhances the parameters of contemporary European constitutionalism continuously promoted by the Venice Commission. First of all, that of the rule of law which,

according to the ideas of Angel Sánchez Navarro (a former member of the Commission), is based on the concrete defence of the principle of legitimacy and legality of state and sub-state sources, legal certainty and the parallel containment of institutional discretion in national deliberative procedures, respect for human rights understood as substantial protection against all forms of unreasonable discrimination and access to independent and impartial judicial systems (a profile examined in detail by Fabio Giovagnoli, a member of the Commission). A second parameter, complementary to the first, concerns the reliance of the horizontal separation of powers on the existence of effective political pluralism. Elena Ferioli's arguments on the Venice Commission's growing attention to the parliamentary and extra-parliamentary political opposition, to be safeguarded by means of national legislative sources at various levels capable of institutionalising expressions of dissent against the political orientation of governmental majorities, go in this direction. In the same direction go the observations of Josep Castellà Andreu (former member of the Commission), who demonstrates the "anti-pluralist" effectiveness of the exaltation of direct democracy (of investiture or deliberative) successfully promoted by some national political parties over the last two decades.

* * *

If compliance with the parameters illustrated so far is all in all easy in times of normality, the same cannot be said in situations of internal, international, or transnational emergency. Valeria Piergigli's article highlights how even the so-called mature democracies have struggled to respond to the various emergency situations of recent decades without derogating, to a greater or lesser extent, from the guarantee principles typical of democratic constitutionalism. So much so as to lead the Commission to draw up specific guidelines on what the margins of legitimacy of such derogations are during states of emergency (in particular in the documents CDL-PI (2020) 003, *Compilation of Venice Commission. Opinions and Reports on State of Emergency* and CDL-AD (2020) 018, *Interim Report on the Measures Taken in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and Their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*).

* * *

Among the priorities that have engaged the Commission from the outset is the contribution that local and regional self-government can make to strengthening democracy. It is no coincidence that in 1994, the Congress of Local and Regional Authorities was created to allow for a specific representation of local and regional authorities able to flank the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in matters of purely local relevance and to monitor the application of the European Charter of Local Self-Government through a stable connection with local institutions. However, the idea of a differentiated bicameralism to safeguard the vertical separation of powers has been perfected. The qualified analysis of Tania Groppi (vice-president of the Group of Independent Experts on the European Charter of Local Self-Government and constitutional advisor to the Congress of Local and Regional Authorities) identifies the reason for this criticality in the absence of institutional links between the Congress and the Venice Commission; a criticality testified by the fact that, in most of the opinions formulated by the Commission on local government, specific references to the value of autonomy are rare in comparison to generic considerations on the quality of electoral systems. A reconsideration of this framework seems to emerge from the *Reykjavík Principles for Democracy* approved during the summit of May 2023, in which the importance of an effective guarantee of the vertical separation of state powers as an instrument for the protection of pluralist democracy is expressly emphasised.

* * *

In conclusion, by opening a debate on the Venice Commission, *Percorsi Costituzionali* intended to dwell on a reality that has emerged over the past decades as one of the centres promoting constitutional harmonisation between European legal systems and at the same time acting as a reference model for numerous political realities even beyond the borders of the European continent. Indeed, the Commission has played a key role in the adoption of constitutions that conform to the standards of the European constitutional heritage, promoting the values of the rule of law, but at the same time it has prioritised in its activity objectives of harmonisation between systems of rights guarantees, now positioning itself as an inevitable reference for a vast scenario of harmonisation of constitutional law, overcoming the traditional limits of state particularisms.

SAGGI

a cura di
ELENA FERIOLI

CHRISTOPH GRABENWARTER*

THE VENICE COMMISSION:
ITS FUNCTIONING AND SIGNIFICANCE
IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

SUMMARY: A. Introduction. – B. The Legal Bases. – 1. The Establishment as an Expert Advisory Body. – 2. Parameters for the Venice Commission's Principal Activities. – C. The Types of Documents. – D. The Procedure to Prepare an Opinion. – E. The Documents' Impact on European Constitutional Development. – F. Particularities of the Process of Preparing Opinions. – 1. General Information. – 2. Selecting the Rapporteurs. – 3. Initial Information. – 4. Comments and Draft Proposals by the Rapporteurs. – 5. Visits to the Member State. – 6. The Preparation of a Draft Opinion. – 7. The Government's Statement. – 8. Deliberations in the Sub-Commissions and the Enlarged Bureau. – 9. The Plenary Deliberations. – G. Some Reflections on the Development of the Texts. – H. Concluding Remarks.

A. *Introduction*

The European Commission for Democracy through Law, or Venice Commission, was established in the early 1990s, expressing the conviction that sustainable democracy required a solid constitutional basis, in particular the rule of law.¹ Initially, not all Member States of the Council of Europe were open to such an idea, which, in particular, aimed to help Central and Eastern European countries construct a democracy after the fall of the Iron Curtain.² Nowadays,

* This contribution is partly based on an earlier publication, with parts having already been published in the German language in Ch. Grabenwarter, *Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission*, 2018, 66 Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 21 ff. I would like to thank Dr Maria-Theresia Rappersberger, researcher at the Constitutional Court, for her support in discussing the paper and bringing the references up to date.

¹ See in particular A. La Pergola's speeches held at the first two sessions of the Venice Commission, printed in P. van Dijk, S. Granata-Menghini (eds.), *Liber Amicorum Antonio La Pergola*, 2nd edn, Lund, 2009, 35 ff.

² On the beginnings of the Venice Commission, see, e.g., G. Buquicchio and S. Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years On*, in M. van Roosmalen et

the group of Member States far exceeds that of the Council of Europe, including states such as South Korea, Algeria, Israel, Brazil, Mexico, and the United States.³ In total, the Commission now has more than sixty members, with each member acting individually and independently rather than as a government representative.

As an institution, the Venice Commission cannot be easily categorized in legal terms. Numerous documents, especially the opinions, affect a Member State's legal and constitutional development in ways that parallel the impact of constitutional decisions or of ECtHR rulings from a practical perspective, albeit not from a strictly legal one. The Commission is not a judicial body, nor does it resemble a court. The legal framework does not suggest the need for such a body. What is more, the Commission's size and composition would render it incapable of functioning as a judicial body. Instead, the Commission is an advisory body composed of independent experts. Its legal bases will be explained in the following section.

B. *The Legal Bases*

1. *The Establishment as an Expert Advisory Body*

The Venice Commission was set up in 1990 as a so-called 'partial agreement' by resolution of the Committee of Ministers of the Council of Europe.⁴ Organizationally, it is therefore not fully integrated into the Council of Europe but instead has a certain autonomy in budgetary and organizational matters. The staff of the Secretariat, which consists of approximately thirty employees under the direction of the Secretary, are nevertheless officials of the Coun-

al (eds.), *Fundamental Rights and Principles: Liber Amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge, 2013, 241, 242 ff; S.R. Dürr, *The Venice Commission*, in T.E.J. Kleinsorge (ed.), *Council of Europe (CoE)*, 1st edn, Alphen aan den Rijn, 2010, 151, 152 ff; Ch. Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, in S. Schmahl, M. Breuer (eds.), *The Council of Europe: Its Law and Policies*, Oxford, 2017, 732, 733 ff; F. Matscher, *Die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission)*, in W. Hummer (ed.), *Österreich im Europarat 1956-2006: Bilanz seiner 50-jährigen Mitgliedschaft vol. I*, Vienna, 2008, 191, 191 ff.

³ On the development of the Member States, see, e.g., Dürr, *The Venice Commission*, cit., 153 ff.

⁴ Partial agreements are not independent international treaties but merely constitute a form of cooperation within the International Organization of the Council of Europe.

cil of Europe. Article 1 of the Revised Statute of the Venice Commission of 2002 already emphasizes the consultative and cooperative nature of the Commission's activities:⁵ the Commission is intended as an independent consultative body which cooperates with the Member States of the Council of Europe as well as with other states and interested international organizations and bodies.

Article 2 of the Statute defines the legal basis for membership in the Venice Commission. Accordingly, members must be 'independent experts who have achieved eminence through their experience in democratic institutions or by their contribution to the enhancement of law and political science'. Despite the openness of these terms, civil servants should not be nominated as members of the Commission. In practice, there are exceptions for senior officials. The concept of a 'democratic institution' is very vague: it does not refer to a specific state function but rather encompasses individuals with experience in a governmental or parliamentary function as well as acting, and sometimes also former, justices of national supreme and constitutional courts or (mostly former) judges of international or European courts. The fact that a growing number of European court (and especially ECtHR) judges were previously (substitute) members of the Venice Commission is not irrelevant to the reception of the Commission's documents.⁶

The members are appointed for four years. Reappointment – even several times – is possible and common in many countries. Consequently, a considerable number of judges and professors now have longstanding membership in the Venice Commission, thus contributing a large measure of experience.⁷

2. *Parameters for the Venice Commission's Principal Activities*

Article 1 of the Statute of the Venice Commission lists general parameters for its main areas of responsibility. In very abstract

⁵ Resolution (2002) 3, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies.

⁶ Although there is no legal incompatibility, it is the ECtHR's practice that new judges resign their membership in the Venice Commission when they are elected.

⁷ On the members, see Art. 2 cl 1-3 of the Venice Commission Statute, CDL(2002)27. In detail, Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, cit., 734 ff; Matscher, *Die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission)*, cit., 192.

terms, the field of action is described as ‘the guarantees offered by law in the service of democracy’. Objectives include strengthening the understanding of the legal systems of the participating states (notably with a view to bringing these systems closer), promoting the rule of law and democracy, examining the problems raised by the working of democratic institutions, and finally reinforcing and developing these institutions. The Venice Commission shall ‘give priority’ to work concerning the constitutional, legislative, and administrative principles and techniques serving to make democratic institutions more effective and to strengthen them, the rule of law, fundamental rights and freedoms, and finally the contribution of local and regional self-government to the enhancement of democracy.

Over the decades, numerous specific requests for opinions have produced a prolific practice with certain priority topics, shaped by the substance of the requests on the one hand and the requesting bodies on the other hand. In substance, issues range from comprehensive reforms of a country’s constitutional system to judicial reforms and fundamental-rights matters. Other priority topics include constitutional justice and electoral law. As far as the circle of requesting bodies is concerned, the decisive factor remains whether the request comes from a government itself or from other bodies entitled to submitting a request.

Considering the Venice Commission’s work in practice confirms that its main areas of activity include constitutional reforms, democratic institutions, the judiciary, fundamental rights, constitutional justice, and elections.⁸

C. *The Types of Documents*

The Venice Commission issues documents such as studies, reports, guidelines, *amicus curiae* briefs and – most importantly – opinions. As for studies, reports and guidelines,⁹ the Commission analyzes general regional or international issues. In most cases,

⁸ Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, cit., 737 ff.

⁹ See Art 3 cl 1 of the Statute of the Venice Commission, CDL(2002)27; Dürr, *The Venice Commission*, cit., 159 ff.

guidelines emerge from concrete studies¹⁰ or reports.¹¹ *Amicus curiae* briefs, in turn, answer questions of supreme and constitutional courts – including the ECtHR.¹²

The most common and important documents, however, are opinions (*Gutachten, avis*) on draft legislation, draft constitutions, or (constitutional) legislation that has already entered into force at the time of the request or the plenary's adoption of the opinion.¹³ An opinion shall analyze completely, precisely, objectively, and in detail not only whether the solutions a government seeks to implement are compatible with European and international standards, but also whether they are practicable and transferable. The Commission's working method depends on consensus and the principle of dialogue.¹⁴ Often, it provides not only declarations about compatibility with European standards but also concrete recommendations addressed to the government concerned.¹⁵

D. *The Procedure to Prepare an Opinion*

This section will consider – from an internal perspective – the procedure of preparing opinions. It is not irrelevant to the course of proceedings on whose request the Venice Commission acts. Article 3(2) of the Statute of the Venice Commission specifies which bodies may request an opinion. Much of what is stated here in relation to opinions also applies to the preparation of the other types of documents.

¹⁰ E.g. Study No 711/2013 *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007.

¹¹ In detail Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, cit., 736.

¹² See S. Yolcu, *Constitutional Courts' Helpdesk: The Venice Commission's Advisory Role in Constitutional Adjudication*, 2022, ICL Journal 421 ff. For the ECtHR, see, e.g., Opinion No 957/2019 *amicus curiae* brief for the ECtHR in the case of *Mugemangango v Belgium* on the procedural safeguards a state must ensure in procedures challenging the result of an election or the distribution of seats, CDL-AD(2019)021.

¹³ In the case of time pressure, which usually results from domestic political reasons.

¹⁴ V. Volpe, *Drafting Counter-Majoritarian Democracy: The Venice Commission's Constitutional Assistance*, 2016, 76 Heidelberg J. Int'l L. 811, 817 ff.

¹⁵ On the significance of this dialogue, W. Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, 2014, 25 Eur. J. Int'l L. 579, 589 ff.

First, opinions will be issued on the basis of requests by various bodies of the Council of Europe, namely the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly, the Secretary General, or the Congress of Local and Regional Authorities.¹⁶ The second case of requests for opinions from Member States, which usually concern their own legal system, is of practical importance. Finally, though not very significant in practice, organizations or bodies ‘participating in the work of the Commission’ have the right to submit a request. The EU, the OSCE, the OAS, and the UN offer examples of this in practice. But on the whole, requests from this area are comparatively rare. The Commission becomes active on its own initiative only with documents other than opinions – namely, research work, studies, or drafts of guidelines.

Bodies belonging to the Council of Europe, in particular the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, often submit requests during constitutional crises. Recent examples are questions concerning additional powers for the Spanish Constitutional Court in the context of the Catalonia crisis¹⁷ or the opinions on media law and the constitutional reform in Turkey.¹⁸ In most cases, the request already reveals a conflict that affects the very process of opinion-writing; the conflict may range from the selection of the rapporteurs to their working visit in the state concerned and the deliberations on the opinion in the Commission’s plenary meeting.¹⁹ In theory, a Member State can also request an opinion on the legal situation in another Member State. However, the revised Statute of

¹⁶ See Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, cit., 737 ff, with further references; Matscher, *Die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission)*, cit., 194 ff. For more details on these bodies and their responsibilities, see the contributions by S. Palmer, Ph. Leach, M. Ruffert, and B. Schaffarzik, in S. Schmahl, M. Breuer (eds.), *The Council of Europe*, Oxford, 2017, sections 6, 7, 8, and 10.

¹⁷ Opinion No 827/2015 on the law of 16 October 2015 amending the Organic Law No 2/1979 on the Constitutional Court, CDL-AD(2017)003.

¹⁸ Opinion No 875/2017 on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, CDL-AD(2017)005; Opinion No 872/2016 on the Measures provided in the recent Emergency Decree Laws with respect to Freedom of the Media, CDL-AD(2017)007.

¹⁹ For example, Venice Commission, 168/2001 *Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin-State*, CDL-INF(2001)019 is the result of such a conflict. For further details, see Buquicchio, Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years On*, cit., 249.

2002 requires the approval of the Committee of Ministers for this request. This amendment created a significant hurdle, making such a request virtually impossible.

On the other hand, if the Commission receives a request from the Member State in question itself, the starting position is usually completely different, because then the priority is or seems to be simply to draw on external expertise. There are cases of requests concerning constitutional reforms in Luxembourg²⁰ or Finland,²¹ where this function was clearly the main focus. In addition, there continue to be cases in which the government hopes that the Venice Commission's involvement will facilitate the process of implementing its own political ideas. Armenia is a recent example.²² The Slovak President's request, resulting from a conflict with the parliament that lasted for years and concerned the appointment of three constitutional justices, may have had similar motives,²³ considering that the President's constitutional advisor was not only a former Advocate General at the European Court of Justice but also a former member of the Venice Commission.

Another distinct group of opinions are those in which the Member State wishes to implement reforms during the EU accession process in order to create the conditions for possible accession and in which the EU encourages the state in question to request an opinion. The Venice Commission's opinion then eliminates or confirms possible doubts of the EU Commission as to whether a particular law complies with EU standards or not. In the latter case, the state concerned will generally amend the relevant law.

Nevertheless, there are also examples of requests submitted by the country concerned where the applicants' motives are more dif-

²⁰ Opinion No 544/2009 on the Draft Constitutional Amendments of Luxembourg, CDL-AD(2009)057.

²¹ Opinion No 420/2007 on the Constitution of Finland, CDL-AD(2008)010.

²² Opinion No 883/2017 on the draft Constitutional Law on the Constitutional Court, CDL-AD(2017)011; more recently, Opinion No 961/2019 on the constitutional implications of the ratification of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention), CDL-AD(2019)018; Joint Opinion No 1074/2021 (Venice Commission and Directorate General of Human Rights and Rule of Law) on the draft laws on making amendments to the Constitutional Law on the Judicial Code and to the Constitutional Law on the Constitutional Court, CDL-AD(2022)002.

²³ Opinion No 877/2017 on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court, CDL-AD(2017)001.

fuse or entirely different. In the case of Hungary, a request for an opinion – shortly after the Secretary General had already addressed a similar request to the Venice Commission – was probably submitted primarily with the expectation that the Commission’s opinion could legitimize a constitutional reform.²⁴ This expectation would prove mistaken.²⁵ In the case of the first opinion on the Polish Constitutional Tribunal in 2016,²⁶ the situation was slightly different. Here, too, the request was made on the initiative of the Minister of Foreign Affairs, who, presumably, not only hoped for a benevolent opinion supporting the Polish government but also sought, given the first critical reactions from Brussels, to pre-empt a request from ‘outside’ of Poland.

E. *The Documents’ Impact on European Constitutional Development*

If one considers the development of the last three decades from the perspective of the documents’ influence, different aims and corresponding effects emerge, depending on the era and substance of the opinions. Particularly in its early period over the course of the 1990s, the Venice Commission played a decisive role in shaping constitutional systems. In so doing, it ensured that relicts which were undemocratic and contrary to the rule of law and stemmed from previous dictatorships could be overcome and eliminated from the states’ constitutional orders. Here, the Venice Commission usually used models from other democratic constitutions to provide specific advice and assistance.²⁷

²⁴ See also a similar case concerning Romania, Opinion No 685/2012 on the compatibility with Constitutional principles and the Rule of Law of actions taken by the Government and the Parliament of Romania in respect of other State institutions and on the Government emergency ordinance on amendment to the Law No 47/1992 regarding the organisation and functioning of the Constitutional Court and on the Government emergency ordinance on amending and completing the Law No 3/2000 regarding the organisation of a referendum of Romania, CDL-AD(2012)026.

²⁵ Opinion No 720/2013 on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, CDL-AD(2013)012.

²⁶ Opinion No 833/2015 on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, CDL-AD(2016)001.

²⁷ In particular with regard to Central and Eastern Europe, see, e.g., S. Bartole, *Final remarks: The role of the Venice Commission*, 2000, 26 Rev. Cent. & E. Eur. L. 351.

Prior to their states' possible accession to the European Union, governments primarily request opinions from the Venice Commission in order to adapt and develop rule-of-law standards to the point where the law of a formerly non-democratic state gradually meets the rule-of-law requirements under European Union law. The legal changes achieved in this way continue to have an impact today.²⁸ Recently, the Venice Commission has been asked for an opinion more often in cases where a domestic political conflict underlies a constitutional debate. The Venice Commission and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe then decide this conflict at the European level. The constitutional conflict in the Principality of Liechtenstein offers an early example of this kind.²⁹ More recent instances include the conflicts in Ukraine,³⁰ Turkey,³¹ and Poland,³² but also isolated political disputes, for instance in connection with the selection of constitutional justices in Slovakia.³³

Constitutional crises that result from a political change in government make up a specific area of the Venice Commission's work. New governments and parliamentary majorities that execute constitutional reforms quickly after a change of power render the Venice Commission's advisory task more exacting. Often in light of heated domestic political debates, either the state concerned itself or the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, initiated by parliamentary members of the state in question, ask for the Venice Commission's opinion on the controversial issues. Very rarely do governments, heads of state, or parliamentary presidents themselves request an opinion.

Sometimes the requesting body is not satisfied with the substance of the opinion. However, this does not change the fact that the Venice Commission's opinions must be given equal consideration and that the recommendations are greatly respected in prac-

²⁸ Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, cit., 743; Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, cit., 595.

²⁹ Opinion No 227/2002 on the amendment to the constitution of Liechtenstein proposed by the Princely House of Liechtenstein, CDL-AD(2002)32.

³⁰ Opinion No 870/2016 on the draft Law on the Constitutional Court, CDL-AD(2016)034.

³¹ See CDL-AD(2017)005 and CDL-AD(2017)007, both cit.

³² See CDL-AD(2016)001, cit.

³³ See CDL-AD(2017)001, cit.

tice. Responses to requests for *amicus curiae* briefs, guidelines, and codes of good practice have very different aims from the outset.

In the case of the Venice Commission's *amicus curiae* briefs, the objective is to reinforce the authority of the applicant constitutional court, to increase acceptance of its judgment, and thus also to strengthen its independence in the long term, all by means of a response based on a European, mostly comparative analysis.³⁴ In turn, guidelines and codes of good practice crucially aim to standardize and often also to raise European standards.³⁵

F. *Particularities of the Process of Preparing Opinions*

1. *General Information*

The procedure for preparing opinions essentially determines the Venice Commission's role in the European area of democratic constitutional states. In any state, the bodies entitled to submit a request are essentially those bodies which are also authorized under international law to represent the state in its external relations. Generally, the initiative comes from governments or the head of state.³⁶ The process of preparing opinions is divided into several steps, which will be explained in further detail in the following sections.

2. *Selecting the Rapporteurs*

When the Secretariat receives or is about to receive a request for an opinion, the search for rapporteurs begins. Regular notifications are sent to all members, informing them of requests for opin-

³⁴ See Grabenwarter, *Constitutional Standard-Setting and Strengthening of New Democracies*, cit., 743 with note 59; Ch. Grabenwarter, *Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR*, in Ch. Hillgruber (ed.), *Gouvernement des juges: Fluch oder Segen*, Paderborn, 2014, 45; Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, cit., 591 ff.

³⁵ On the influence of 'soft law' and 'soft instruments', see Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, cit., 595 ff.

³⁶ In exceptional cases, governments attempt to influence the report by posing general questions or by excluding sensitive areas. The question of the election of the Polish constitutional justices in autumn 2015 was explicitly not supposed to be included in the request for an opinion, but the Venice Commission included it because it was inseparably connected to the crisis of the constitutional court. The subject matter of the opinion was presented in relatively great detail: CDL-AD(2016)001, cit., paras 6 ff.

ions and the composition of the group of rapporteurs. In principle, any member may express an interest in contributing to a certain opinion, provided that the member is able to actively participate in the preparation of the opinion within the given time frame.³⁷

Yet in practice, the information on requests for opinions comes too late. Consequently, the president selects the rapporteurs with the help of the Secretariat staff. All of the rapporteurs together form a working group. Since the Secretariat of the Venice Commission is divided into departments,³⁸ in practice the Secretariat staff responsible for the topic of the opinion transfers the request to the eligible members of the Commission.

The criteria used to select the rapporteurs primarily turn on the members' specialization and expertise. In part, both these aspects are general knowledge anyway, due to the members' biography and activities in public offices and at universities. In addition, all new members and alternate members are asked about their specializations and interests after their appointment. Further aspects of selection are the rapporteurs' country of origin, gender parity, availability (also regarding a possible visit to the country concerned), and experience in the subject.

Where the country of origin is concerned, regional balance plays a role, and a balance between proximity and distance to the topic or the constitutional order in question is also essential. Members cannot be active on behalf of their own country. For opinions on issues of the judiciary or constitutional justice, there are efforts to include constitutional justices or judges as rapporteurs in the working group. Preference is given to members who have already worked on the same topic for the same or another country.³⁹

The Venice Commission also frequently consults external experts. It does so both to further improve the quality of the opinions and to strengthen their external legitimacy. In this context, cooperation with the OSCE, in particular with its Office for Democratic Institutions and Human Rights in Warsaw (ODIHR), is especially

³⁷ Venice Commission, 'Guidelines relating to the working methods of the Venice Commission', CDL-AD(2010)034 4.

³⁸ There are departments of democratic institutions and fundamental rights; of constitutional justice; of elections, referendums and political parties; and of cooperation with non-European partners.

³⁹ CDL-AD(2010)034, cit.

important. Not only do its experts and representatives attend the meetings of the Venice Commission, but they also regularly participate as rapporteurs. Other experts are called upon from other areas of the Council of Europe's purview.

The team of rapporteurs generally consists of three members, although it can include up to six in important, complex cases. The number is determined by cost concerns, on the one hand, but on the other hand mainly by the importance and complexity of the matter. The use of six and five rapporteurs respectively for the two opinions on the constitutional-court reform in Poland in 2016 is the absolute exception.

3. *Initial Information*

When they begin their work, the rapporteurs receive an initial information sheet from the Secretariat. This early information facilitates and influences their work considerably. First, it contains the necessary documents, namely the exact wording of the request for an opinion (in individual cases also an interpretation of the request and details concerning the possible limits of the opinion's subject matter) as well as the relevant national legal provisions and the details of the issue. The further substance of the documentation, which also constitutes the starting point for the chosen standard of review, is essential – not least regarding time restrictions.⁴⁰ These primary documents include, in particular, the relevant case law of the ECtHR and other representative legal sources, such as other international treaties. They also encompass documents of the Council of Europe (in particular resolutions adopted by the Parliamentary Assembly and recommendations from the Committee of Ministers) as well as earlier relevant opinions or other documents of the Venice Commission and, in individual cases, comparative references.

In addition, the Secretariat provides suggestions of points to be addressed in the opinion. The possible suggestions range broadly from points that are controversial in the state in question to politically sensitive issues. It must be taken into account that many Secretariat members have decades of experience with certain Member States, know them from various visits, and are therefore familiar with some of the individuals involved, and in particular with the

⁴⁰ On this and the following, see CDL-AD(2010)034, cit., Annex.

constitutional culture and the national culture in question. In some cases, on the basis of this experience and in view of the Commission's previous practice in comparable cases, there are initial cautious assessments of the request for an opinion. Finally, the documentation contains information on purely practical issues, such as the deadlines to be respected and the requirement that the rapporteurs visit the country concerned.

4. *Comments and Draft Proposals by the Rapporteurs*

In the next phase, each rapporteur writes a text that may also serve as a blueprint for the draft opinion subsequently prepared by the Secretariat. If time permits, the rapporteurs begin by coordinating their work, either in conjunction with a meeting of the Venice Commission or – in exceptional cases – in a separate meeting.

Ordinarily, though, communication at this stage takes place by email. The rapporteurs generally have a period of several weeks to send their drafts to the responsible member of the Secretariat. The time frame is usually determined by the fact that the opinion is supposed to be presented and adopted at the next plenary meeting. Because there are only two to three months between meetings – with the exception of the summer break – and because the draft opinions must be sent to all members at least two weeks before the meeting, in most cases that involve a visit to the Member State a period of three to four weeks at best remains to write these draft texts; often it is only two weeks. Generally, the drafts are supposed to be available before the visit to the Member State, and the rapporteurs can then still modify their drafts before the Secretariat staff begins its work.

Until 2015, the individual rapporteurs' drafts were sent to all members of the Commission together with the Secretariat's draft opinion, which means they were published later as well. As a result, many of these drafts are still available today on the Venice Commission's website. In order to prevent individual governments from potentially exerting pressure on the rapporteurs, the rapporteurs' drafts have not been published since 2015.

If one considers the rapporteurs' drafts as a whole, a great variety of style, detail, and analytical depth becomes apparent. Some rapporteurs provide elaborate scholarly analyses, especially of the

ECtHR's case law, sometimes with extensive footnotes,⁴¹ while others' opinions are only a few pages long⁴² and may also involve political aspects.⁴³ This plurality strongly reflects the diversity of the members' professional backgrounds but also of the legal traditions.

5. *Visits to the Member State*

The visit to the Member State in question also influences the process of preparing the opinion. During this visit, the rapporteurs generally meet with governmental and parliamentary representatives; depending on the issue at stake, however, they may also meet with representatives of other state bodies concerned and of NGOs. The primary purpose of these visits is to obtain more detailed information on the subject matter of the opinion and, in the case of controversial issues, to allow for comment on all sides of the conflict. In addition, the rapporteurs have the opportunity to discuss any outstanding questions or the impact of new information on the opinion with the accompanying staff member of the Secretariat. During the Covid19-pandemic, the Venice Commission started to hold meetings with the stakeholders online if a visit of the rapporteurs to the state concerned was not possible (also for other reasons as was the case in 2022 with Ukraine).

Depending on how topical the issue is in a state's domestic po-

⁴¹ See, e.g., the detailed analysis of an amendment to an Azerbaijani statute concerning NGOs by V. Bílková in 2009 (Opinion No 636/2011 on the compatibility with human rights standards of the legislation on non-governmental organisations of the Republic of Azerbaijan, CDL(2011)089). The opinion analyzes – among others – far more than a dozen relevant ECtHR decisions.

⁴² See, e.g., G. Malinverni's two-page opinion, without any supporting evidence, on a draft law on freedom of religion or on general matters of religious law in Romania in 2005 (Avis No 354/2005 sur le projet de loi concernant la liberté religieuse et le régime des religions en Roumanie, CDL(2005)079).

⁴³ See representatively the following excerpt from K. Tuori's opinion on general (constitutional) legal questions surrounding a Turkish party ban in 2008: 'As regards the right to launch the process, we should stress the desirability of a solution which, already at this stage, combines legal considerations and the attention to the political repercussions of such a highly politically-laden issue as the prohibition of a political party. (...)I find a purely political solution problematic, too. Already launching a case concerning the prohibition of party has political consequences, and those holding political power can always be accused of using their right of initiative for political purposes. This is highly detrimental to the legitimacy of the procedure.' (Opinion No 489/2008 on the constitutional and legal provisions relevant for the prohibition of political parties in Turkey, CDL(2008)141).

litical debate, the atmosphere during a visit can be quite tense, and there may be considerable media interest. The Venice Commission's visit to Poland in February 2016 constitutes an extraordinary example in this regard. In the course of preparing the opinion on constitutional reform in Armenia, moreover, the Venice Commission made a public appearance with NGOs and media representatives as part of its 2015 visit, and a dozen cameras recorded the discussion between the rapporteurs and a full hall of journalists and NGOs.

The government's stance also has a crucial effect on the rapporteurs' visit and the prevailing atmosphere during their stay. When the Venice Commission prepared the first opinion on the Polish constitutional justice in 2016, the government probably hoped to influence the process by cooperating at first. Among other things, it influenced the programme of the visit, especially regarding the NGOs and other bodies selected to speak with the delegation of the Venice Commission.

6. *The Preparation of a Draft Opinion*

After the visit to the state or after having received the individual rapporteurs' opinions, the Secretariat staff member works on the draft opinion, which must generally be completed within only a few days to a maximum of one week. Here, too, there is a broad range of conceivable possibilities. If the rapporteurs have already submitted detailed opinions and their findings concur, at least as regards the conclusion, then the work consists primarily in editing, adding supporting documents, writing the introduction and summary, and – with the help of other Secretariat staff members – in proofreading, provided that the reviewers have written the opinion in a language (generally English, exceptionally also French) that is not their mother tongue.

Once the rapporteurs have reached a consensus on the draft opinion, it is distributed internally to all Commission members, to the government concerned, and to all permanent representations of Member States to the Council of Europe (and so to the governments of all the Member States). This must be done at least fourteen days before the plenary meeting begins.

The draft opinion is still confidential at this stage, even if, in controversial cases, it is often leaked to the media in the Member States prematurely. Here, a problem worth noting is a reproach of-

ten brought against the Venice Commission in politically controversial cases: because media interest in the Venice Commission's opinions has considerably increased recently, especially in cases of conflict, draft opinions sometimes became public. While the draft opinion is sent to a large circle of more than 300 recipients by email, the number of people who have access to the report is likely to be several times higher. In such a situation, it is impossible to maintain confidentiality, given current means of communication. In fact, there is a conflict of objectives here between confidentiality, the Commission's size, and the principle of a dialogic procedure, a conflict that is currently resolved in favour of the dialogic procedure.

7. *The Government's Statement*

The government can then make a written statement, an opportunity of which many governments or parliaments avail themselves. In most cases, these statements point out technical details, which are subsequently amended. It is rare for a government to reject the draft opinion in whole or in part. But in the case of more complex opinions, this statement provides the basis for last-minute discussions between the government or parliament and the rapporteurs (supported by the Secretariat), which usually take place in Venice at the venue itself on the day before, and sometimes even on the day of the plenary meeting.

8. *Deliberations in the Sub-Commissions and the Enlarged Bureau*

There can also be preliminary deliberations of a draft opinion in one of the sub-commissions the day before the plenary meeting. In practice, the Secretariat transfers the drafts to the sub-commissions. This has been the case very often recently. As a rule, this is also the last moment for a truly detailed discussion.

9. *The Plenary Deliberations*

During the plenary deliberations, it is very difficult, in fact nearly impossible, to change the text of an opinion fundamentally. This is mainly due to the 'setting' of the deliberations. The large number of about 120 participants in the session rarely allows for an interactive discussion. In addition, the session almost always takes

place in a hall of the *Scuola Grande di San Giovanni Evangelista* in Venice, which is rather dimly lit for reasons of monument protection. The participants are quite crowded, sitting in an elongated rectangle where they are only able to see each other at all thanks to a video broadcast on a large screen in the hall, a practice adopted several years ago. The strict limitation of speaking time likewise determines the way they work. For one, the size of the institution requires such a limitation, but for another, this restriction exerts discipline over those who tend to speak at length.

The Venice Commission's rules of procedure provide for the confidentiality of plenary deliberations, which means there are no media representatives present during these sessions. Minutes are taken and a summary is published only a few weeks later. At the same time, the President may invite guests to attend and also to speak at the sessions. If an opinion concerns a particular country, the country's representative may attend. However, he or she is expected to note only objective errors in the draft opinion, such as if a relevant provision was not discussed. But by no means should he or she take a stand for or against the draft. The national member also does not take part in the vote on the opinion. Although the President may ask the national member to leave the room for the vote, this never happens in practice. There is a vote on each report, with the chairperson establishing consensus by asking only for dissenting votes. While Article 12 of the Rules of Procedure provides that Commission resolutions must be passed by majority vote, in practice, opinions are almost always adopted without any dissenting votes.⁴⁴

G. *Some Reflections on the Development of the Texts*

The above remarks have shown that the final text of an opinion results from a complex multi-stage process that is less guided by 'hard' procedural rules than a court decision. Consequently, it is important to reflect critically on the facts that determine the process of preparing the opinion. The following observations merit special attention.

As the rapporteurs prepare their individual draft proposals, they already keep their fellow rapporteurs in mind while writing.

⁴⁴ W. Hoffmann-Riem, "Soft Law" and "Soft Instruments" in the Work of the Venice Commission of the Council of Europe, in M. Bäuerle, A. Wallrabenstein (eds.), *Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde*, Tübingen, 2013, 595, 605.

Each of them tries to contribute substantive elements which he or she assumes will not be mentioned by the other colleagues. Furthermore, each rapporteur tries to record the outlines established in the initial information and to formulate them as a basis for the Secretariat's draft opinion. In the process, the rapporteurs emphasize their own special expertise, for example in the area of human rights or in the constitutional law of the constitutional systems familiar to them. The Secretariat, for its part, tries to shape a substantively and formally coherent whole from the drafts. Depending on how detailed and extensive the drafts are, it may be sufficient to assemble the texts and make minor additions, particularly in the introduction and the summary of the opinion. However, if the drafts are only a collection of theses, the Secretariat's staff has more leeway in formulating the final text.

In many cases, the visit to the state in question has a crucial impact. Here, the rapporteurs can review their preliminary theses. Above all, they have the opportunity not only to communicate with national authorities and experts but also to have conversations in person to discuss their own paper and the other rapporteurs' drafts.

As mentioned, the creation of the final text is essentially a process of exchanging and assembling texts. Apart from the exceptional meetings of the rapporteurs during the process of preparing the draft opinion, it is only possible to discuss the substance and wording again immediately before the plenary meeting. Such discussions are not unusual, especially in cases where the government in question issues a detailed statement on a draft opinion. In such cases, there are both consultations among the rapporteurs and often discussions with government representatives; these can at times be contentious, especially if the government did not request the opinion itself.

Once the text compiled from the various rapporteurs' drafts is available, the final discussion is, in most cases, limited to questions of formulation. Further discussions by email among the rapporteurs can only take place if there are contradictory positions to which the Secretariat has responded by formulating a compromise.

It should be pointed out that the Guidelines relating to the Working Methods of the Venice Commission offer a – albeit rarely used – mechanism: They provide for a 'Scientific Council', which is primarily responsible for the high quality and consistency of the

Commission's studies and opinions. This Council is supposed to supply the rapporteurs with information on the Commission's doctrine and other relevant scholarly material for preparing opinions. These provisions in the guidelines reflect the awareness within the Commission that, despite the time pressure, the documents must be based on scholarship, a requirement that may not be achievable in all respects at this time. But compilations on specific topics are already of considerable help now and are supposed to be developed further in the future.

In general, the members of the Commission who were not appointed as rapporteurs do not have a significant influence on an opinion. But the Guidelines relating to the Working Methods provide that a member who has substantial objections to a draft report circulated for the purpose of discussion at the plenary should inform the rapporteurs prior to the plenary deliberations. As far as possible, suggestions concerning the wording should be communicated to the rapporteurs or the Secretariat in writing before the plenary meeting. If necessary, opinions are discussed in one of the sub-commissions on the day before the plenary session. At this stage, the members of this sub-commission can influence the substance of the opinion.

The quality of the opinions as non-binding recommendations tends to promote the further development of existing standards. It is precisely not just a matter of defining certain minimum requirements but often also of working towards a 'best practice'. Again, it must be noted that the members represent a diverse spectrum. Some are professional judges and tend to think in more normative terms. Others have a political background, may think in more political terms, and may be more open to shaping public policy.⁴⁵

Overall, the process of preparing opinions is a collaboration between actors of different quality, essentially specialists in European constitutional law; it is guided less by formal procedural rules than by tacit consensus and now by decades of practice. Due to time pressure and in the knowledge that the documents are not binding, formulations are not always chosen and discussed with the same precision as is often the case with constitutional and supreme courts. Their particular value lies in the common European perspective, in the inclusion of different standards and in the fact that

⁴⁵ See, e.g., Hoffmann-Riem, "Soft Law" and "Soft Instruments" in the Work of the Venice Commission of the Council of Europe, cit., 604.

these common standards cohere in the opinion, so that other institutions, be they courts or political bodies, can build on them.

Finally, it is worth reiterating the principle of the dialogic procedure as a general characteristic. It dominates the procedure's final phase in particular. At the governments' request, the rapporteurs and government representatives often have bilateral discussions, sometimes prepared by written government statements, before the plenary deliberates on the draft opinions. There are certainly still substantial changes made at this point. The government representatives even have the right to participate and speak in the plenary deliberations on the draft opinion. In the end, however, they are hardly able to influence the substance of the opinion.

H. *Concluding Remarks*

The members of the Venice Commission are guided by the ideal of a shared European constitutional heritage. There is a strong loyalty to the objectives of the Commission. In their work, the Commission's members are led by a common European perspective, the search for consensus, and collective responsibility for the Venice Commission and its purpose of ensuring democratic states under the rule of law.

Abstract

This contribution analyzes the functioning of the Venice Commission. It describes the legal bases of the Commission, the documents published, and particularities of the process of preparing the Commission's most important documents: its opinions. The contribution concludes with some reflections on the development of the texts of opinions, whose particular value lies in the common European perspective, in the inclusion of different standards, and in the fact that these common standards cohere in the opinion.

Questo contributo analizza il funzionamento della Commissione di Venezia. Descrive le basi giuridiche della Commissione, i documenti pubblicati e le particolarità del processo di preparazione dei documenti più importanti della Commissione: i pareri. Il contributo si conclude con alcune riflessioni sullo sviluppo dei testi dei pareri, il cui particolare valore risiede nella prospettiva comune europea, nell'inclusione di diversi standard e nel fatto che questi standard comuni trovano coerenza nel parere.

ÁNGEL SÁNCHEZ-NAVARRO

VENICE COMMISSION, RULE OF LAW
AND SEPARATION OF POWERS

SUMMARY: I. Introduction: The Venice Commission, from a constitutional consultant in political transitions to a constitutional standard-maker in democracies. – II. The Venice Commission approach to fundamental constitutional notions: on the Rule of Law and separation of powers. – 1. The Rule of Law: the 2011 Report. – 2. The separation of powers. – A) Theoretical roots – B) The separation of powers in the Venice Commission. – III. The practical dimension of the principles of Rule of Law and separation of powers: a case study. – IV. In conclusion: looking (forward) to the future.

I. *Introduction: The Venice Commission, from a constitutional consultant in political transitions to a constitutional standard-maker in democracies*

In 1989, the then Italian Minister of Foreign Affairs Antonio La Pergola, proposed the creation of a body capable of hosting a dialogue between European specialists on Constitutional Law, which could serve to improve the working of European democratic systems. Very particularly, it should be able to assist some central and eastern European countries which, after the fall of the Berlin Wall, desired to build new democratic systems, leaving behind their previous authoritarian or totalitarian political and constitutional structure.¹ This foundational aim is clearly expressed in its real name, *European Commission for Democracy through Law*, which was formally established on 10 May 1990, when eighteen ambassadors of Council of Europe member States took the decision to es-

¹On the origins of the Venice Commission, see M. OREJA AGUIRRE, “La Comisión de Venecia como foro de diálogo constitucional para la mejora de la democracia”; and Á. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, “La Comisión de Venecia, una iniciativa y una experiencia extraordinaria”, both in J.M. CASTELLÁ ANDREU, M. MONTOBBIO, S. GRANATA-MENGHINI (dirs.), *Estado de derecho, democracia y globalización*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, 17-19.

establish “what looked at the time like the creation of just another technical advisory body”,² within the institutional framework of the Council of Europe.

However, the success achieved by this Council’s “advisory body on constitutional matters” (quickly known as the “Venice Commission” because it met every three months in that Italian city) explains the extraordinary expansion of its activity far beyond its original limits. Suffice it to say in this regard that its members have gone from the initial 18 to the current 61, including countries of America, Africa, and Asia; but its influence and impact are even much broader. In short, it has turned out to be an international consultancy perfectly adapted to a globalized world,³ which tries – according to its self-definition – “to help states wishing to bring their legal and institutional structures into line with European standards and international experience in the fields of democracy, human rights and the rule of law”.

While doing so, “the Venice Commission is rapidly becoming an actor of significance in constitutional engineering and, further, its involvement in processes of constitutional change across different jurisdictions may generate convergence in national constitutional designs and approach. Somewhat surprisingly, the work of the Commission however appears to have largely escaped academic notice”.⁴ A lack of attention which may be reduced by initiatives as the one proposed by this volume.

The author of these pages is a Spanish citizen born under an authoritarian regime, the Francoism, which gave place to a democratic system through a political transition quite fairly described as a path “from the law to the law”. In fact, the Spanish passage from dictatorship to democracy was channelled basically through a law (the *Law for Political Reform*), in a political and constitutional

² G. BUQUICCHIO, “Statement on the occasion of the 30th Anniversary of the Establishment of the Commission”, in S. GRANATA-MENGHINI, Z. CAGA TANYAR (eds.), *Venice Commission Thirty-year Quest for Democracy through Law 1990-2020*, Juristförlaget I Lund, 2020, 13.

³ Á. SÁNCHEZ NAVARRO, “Los límites temporales del poder político: algunos estándares de la Comisión de Venecia”, in J.M. CASTELLÁ ANDREU, M. MONTOBBIO, S. GRANATA-MENGHINI (dirs.), *Estado de derecho, democracia y globalización*, 325.

⁴ M. DE VISSER, “A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform”, *Singapore Management University School of Law Research Paper*, N. 2, 2016, 2.

process which was the object of my initial research,⁵ and which could perfectly fit in the foundational idea of a body created to promote “Democracy through law”. May these pages serve as grateful recognition of its past work, and support for what has to be done yet.

II. *The Venice Commission approach to fundamental constitutional notions: on the Rule of Law and separation of powers*

This is not the place nor the time to recall the immense task carried out by the Venice Commission (hereinafter, the VC or “the Commission”) in the last thirty-three years, which may be summarised in the figure of some 1110 opinions and reports shown by its website.⁶ It may be better to look at its future, as its President did in his already quoted statement on its 30th Anniversary. Mr. Buquicchio then said that “In my view, the Commission is needed now more than ever before, to defend and promote, in partnership with the organs of the Council of Europe and the European Union” questions such as “respect for the rule of law and, in particular, the independence of the judiciary”, and the “checks and balances within a functioning democratic system”.⁷ In sum, it has to continue “promoting the rule of law and democracy”, as its statute says.⁸

In fact, this general goal seems quite appropriate for a new period, where political transitions as such seem – at least, in Europe – already done. The challenges are now different, and do not consist so much in moving from dictatorships to democracies as in reinforcing the democracies which already exist... at least, on paper.

⁵ See, among others, Á. SÁNCHEZ NAVARRO, “The Political Transition in the Francoist Cortes: Towards the Law for Political Reform”, *International Journal of Political Economy*, Summer 1990, 8-27; and in *Estudios/Working Papers del Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones*, 1990/11 (available in <https://www.jstor.org/stable/40470537>); and *La transición española en sus documentos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁶ See https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN.

⁷ G. BUQUICCHIO, “Statement on the occasion of the 30th Anniversary of the Establishment of the Commission”, 14.

⁸ *Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law* [CDL (2002) 27], article 1.1.

In this sense, it may be pointed out that the work of the Commission, originally expressed above all on case studies, has somehow changed in the last decades. Effectively, on the solid basis provided by the experience acquired in the study of multiple specific cases, the Commission has begun to prepare more global documents. Therefore, the *reference documents* are studies adopted by the Commission trying to provide a general view on specific topics, summarizing comparative experiences and suggesting general criteria on the functioning of democratic institutions, the protection of fundamental rights and, especially, on the field of elections, referendums and political parties, which has reached a particular dimension.⁹ Whilst the *Compilations of studies and opinions* are prepared by the Secretariat of the Commission, and are made “of extracts taken from opinions and reports/studies adopted by the Venice Commission” which intend “to give an overview of the doctrine of the Venice Commission in a specific field”, thus serving “as a source of references for drafters of constitutions and of legislation, researchers as well as the Venice Commission’s members, who are requested to prepare comments and opinions on such texts”.¹⁰ These documents cover a wide range of constitutional issues, within the already mentioned fields of democratic institutions and fundamental rights, providing useful information and defining standards which must be taken into account when studying any specific issue.

Given its institutional framework, the VC has logically paid particular attention to the three pillars of the Council of Europe: Human Rights, Democracy, and the Rule of Law. But as the Commission itself acknowledges, the two former “have long enjoyed much more attention” than the latter, which “has long been the least visible”.¹¹ This truth is confirmed by the dozens of documents (reports, opinions, compilations, etc.) dealing with many specific rights, with electoral issues or with different democratic institutions, whilst only a few – and quite recent – are dedicated to analysing – and, in a way, to “standardizing” – notions as the rule of law and, very specially, the separation of powers which lay the very

⁹ See, e.g., the *Codes of Good Practice in Electoral Matters* [CDL-AD(2002)023rev2-cor], in *Referendums* [CDL-AD(2022)015] or in the *Field of Political Parties* [CDL-AD(2009)021] (a complete list may be found on https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_main_reference_documents&lang=EN).

¹⁰ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=04_Compilations&lang=EN.

¹¹ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=EN.

foundations of the democratic building. In this chapter, I will focus on some of these VC documents, trying to shed light on the content of these notions which, as I will also try to highlight, are closely interrelated. By doing so, I will try to lay the foundations to examine, in the following chapter, the influence of these apparently general concepts on a particular case analysed by the Venice Commission in an opinion adopted in 2013, thus outlining some tentative conclusions about their possible practical consequences.

1. *The Rule of Law: the 2011 Report*

In April 2011, the 86th plenary session of the Venice Commission adopted the *Report on the Rule of Law*.¹² A quite brief document (barely twelve pages) which, following a Resolution [1594 (2007)] of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe tries “to identify a consensual definition of the rule of law which may help international organisations and both domestic and international courts in interpreting and applying this fundamental value. This definition should therefore be of a nature that allows of practical application” (§ 3).

After making a reference to the similar – but not identical – notions of *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *État de droit* and others, it exposes their historical origins and underlines that even if “the rule of law has been variously interpreted... it must be distinguished from a purely formalistic concept under which any action of a public official which is authorised by law is said to fulfil its requirements”, because this interpretation (which equals to “rule by law”, or similar formulae) “permitted authoritarian actions by governments and do not reflect the meaning of the rule of law today”. Adding that “in its proper sense”, the rule of law “is an inherent part of any democratic society and... requires everyone to be treated by all decision-makers with dignity, equality and rationality and in accordance with the law, and to have the opportunity to challenge decisions before independent and impartial courts for their unlawfulness, where they are accorded fair procedures”, thus addressing “the exercise of power and the relationship between the individual and the state” (§§ 15-16).

¹² CDL-AD(2011)003rev, drafted on the basis of comments by four VC members: Mr. van Dijk (Netherlands), Ms. Haller (Switzerland), Mr. Jowell (United Kingdom) and Mr. Tuori (Finland).

According to the *Report*, in the Council of Europe it is possible to identify a growing “consensus on including, in the rule of law, specific reference to requirements such as the prohibition of arbitrariness, the right to seek redress from independent judges in open courts, legal certainty and equality of all before the law” (§ 21). And the European Court of Human Rights (ECHR) “considers that the rule of law is a concept inherent in all articles of the Convention”, and applies this notion “to a number of issues, with a rather formal approach, starting from the principle of legality in the narrow sense, but developing various aspects of (procedural) due process and legal certainty as well as separation of powers, including the judiciary, and equality before the law” (§§ 21, 23).

Beyond the sphere of the Council of Europe, the *Report* also quotes a Resolution of the United Nations Human Rights Commission (2005/32), which “focuses on the elements of separation of powers, the supremacy of law and the equal protection under the law”. And reproduces a “broad definition” offered by the former UN Secretary-General, Kofi Annan: “The ‘rule of law’ [...] refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency” (§§ 24-25).

In any case, and aside from these and other national and international references, the *Report* underlines that this concept “needs to be understood and therefore be defined... because the rule of law is accepted as a fundamental ingredient of any democratic society”. Afterwards, it points out that “a consensus can now be found for the necessary elements of the rule of law... which are not only formal but also substantial or material” (§§ 34, 41). Among these necessary or “core elements” (most of whom, by the way, have always been explicitly present since the origins of European constitutional thought, as a simple look at the 1789 *Declaration of the*

Rights of Man and of the Citizen shows), the *Report* includes – and explains – the following:

1.1. *Legality (or supremacy of the law)*. The first element essentially means that “law must be followed. This requirement applies not only to individuals, but also to authorities, public and private. In so far as legality addresses the actions of public officials, it requires also that they require authorisation to act and that they act within the powers that have been conferred upon them”. It “also implies that no person can be punished except for the breach of a previously enacted or determined law and that the law cannot be violated with impunity. Law should, within the bounds of possibility, be enforced” (§ 42).¹³

1.2. *Legal certainty* implies that “the state must make the text of the law easily accessible. It has also a duty to respect and apply, in a foreseeable and consistent manner, the laws it has enacted”. To this respect, “a law which confers a discretion to a state authority must indicate the scope of that discretion... and the manner of its exercise with sufficient clarity, to give the individual adequate protection against arbitrariness”. In addition, legal rules must be “clear and precise, and aim at ensuring that situations and legal relationships remain foreseeable”, something which also “requires respect for the principle of *res judicata*. Final judgements by domestic courts should not be called into question” so that “final court judgments [have to] be enforced”, because “systems which allow for the quashing of final judgments without cogent reasons of public inter-

¹³ See the 1789 *Déclaration des droits...*: articles 3 (“*The principle of any Sovereignty lies primarily in the Nation. No corporate body, no individual may exercise any authority that does not expressly emanate from it*”); 4 (“*...the exercise of the natural rights of every man has no bounds other than those... determined... by Law*”); 5 (“*The Law has the right to forbid only those actions that are injurious to society. Nothing that is not forbidden by Law may be hindered, and no one may be compelled to do what the Law does not ordain*”); 7 (“*No man may be accused, arrested or detained except in the cases determined by the Law, and following the procedure that it has prescribed. Those who solicit, expedite, carry out, or cause to be carried out arbitrary orders must be punished; but any citizen summoned or apprehended by virtue of the Law, must give instant obedience; resistance makes him guilty*”) and 8 (“*The Law must prescribe only the punishments that are strictly and evidently necessary; and no one may be punished except by virtue of a Law drawn up and promulgated before the offense is committed, and legally applied*”). The English version of the *Déclaration* is available on <https://www.elysee.fr/en/french-presidency/the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-the-citizen>).

est and for an indefinite period of time are incompatible with the principle of legal certainty” (§§ 44-46).¹⁴

1.3. A third basic element is the *prohibition of arbitrariness*, defined in quite wide terms: “although discretionary power is necessary to perform a range of governmental tasks in modern, complex societies, such power should not be exercised in a way that is arbitrary... [thus permitting] substantively unfair, unreasonable, irrational or oppressive decisions which are inconsistent with the notion of rule of law” (§ 52).¹⁵

1.4. The rule of law also implies “*access to justice before independent and impartial courts*”, because “the role of the judiciary is essential in a state based on the rule of law”, as “the guarantor of justice, a fundamental value in a law-governed State”. For making it possible, “the judiciary must be independent and impartial”: independent means “free from external pressure and ... not controlled by the other branches of government, especially the executive branch”; while impartial implies “that the judiciary is not – even in appearance – prejudiced as to the outcome of the case”. In conclusion, “judicial decisions must be effectively implemented, and there should be no possibility (save in very exceptional cases) to revise a final judicial decision (respect of *res judicata*)” (§§ 54-58).¹⁶

1.5. The *respect for human rights* is not a synonymous of the rule of law, but the two concepts are very close, to the point that “there is a great deal of overlap between” them; in any case, this element goes beyond the rights related to the access to and protection by an independent and impartial judiciary (§ 59-61).¹⁷

1.6. Particularly interesting is, in my opinion, the sixth element identified by the VC in the notion of rule of law. Effectively, the *non-discrimination and equality before the law* implies “that the laws refrain from discriminating against individuals or groups. Any un-

¹⁴ See, again, the articles 3, 4 and 8 already quoted.

¹⁵ Arts. 3 and 7 (“arbitrary orders”).

¹⁶ This element, as such, is possibly the only one which is not expressly recognised in the *Déclaration*, at least in explicit terms: as I will expose later, it has to be found in the notion of separation of powers.

¹⁷ To this respect, see articles 1 (“*Men are born and remain free and equal in rights*”), 4, 5 and 8.

justified unequal treatment under the law is prohibited and all persons have guaranteed equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, or other status". Or, looking it from another perspective, "equality before the law means that each individual is subject to the same laws, with no individual or group having special legal privileges" (§§ 64-65).¹⁸

In conclusion, the VC highlights that "the rule of law does constitute a fundamental and common European standard to guide and constrain the exercise of democratic power", which must be "preserved and further developed under circumstances where individuals are increasingly influenced by and linked to new modes of governance" (§§ 69, 66). This notion of the rule of law as standard makes way to the subsequent adoption of the *Rule of Law Checklist*,¹⁹ which develops those "core elements" of the idea thus "oriented towards facilitating a correct and consistent understanding and interpretation of the notion", so "facilitating the practical application of the principles of the Rule of Law".²⁰ An understanding that, once more, must pay special attention to "the distribution of powers among the different State institutions", which "should be well-adjusted through a system of checks and balances" where "the exercise of legislative and executive power should be reviewable for its constitutionality and legality by an independent and impartial judiciary", because "a well-functioning judiciary, whose decisions are effectively implemented, is of the highest importance for the maintenance and enhancement of the Rule of Law" (§ 39).

Therefore, the separation of powers appears as a core element of the Rule of law. But it is more than that: it is a fundamental and substantial principle, which as such deserves to be separately considered. That is what the Venice Commission has done in other documents, as I will try to pinpoint in the following paragraphs.

¹⁸ This notion is clearly enshrined in articles 1 ("Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be based only on considerations of the common good") and 6 ("The Law is the expression of the general will... It must be the same for all, whether it protects or punishes").

¹⁹ CDL-AD(2016)007 (available in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)).

²⁰ *Ibidem*, § 19.

2. *The separation of powers*

A) *Theoretical roots*

The notion of separation of powers has thus received much more (and much more explicit) attention in the constitutional thought since its origins. In this case, the well-known art. 16 of the 1789 Declaration expressly states that “any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution”.

This early reference is not surprising, provided the deep roots of this idea in classical political theory.²¹ Let us remember that Aristotle already described the “three elements” which can be found in “all constitutions”. The first, “which deliberates about public affairs”, the second, “concerned with the magistrates – the question being what they should be, over what they should exercise authority, and what should be the mode of electing to them”; and the third, “that which has judicial power”.²²

A similar – mainly functional and descriptive – idea may be found in the *Second Treatise of Civil Government*, where John Locke defined the “legislative power” as “that which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employed”, and the executive, “which should see to the execution of the laws that are made and remain in force”.²³ And stated that “whoever has the legislative or supreme power of any commonwealth, is bound to govern by established standing laws, promulgated and known to the people, and not by extemporary decrees, by indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws; and to employ the force of the community at home only in the execution of such laws, or abroad to prevent or redress foreign injuries and secure the community from inroads and invasion”.²⁴

²¹ In this brief overview, I follow the scheme outlined by J. DE ESTEBAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, v. I, 211-ff.

²² ARISTOTLE, *Politics*, Kitchener, Batoche Books, 1999, Book IV, Ch. XIV, 100 (available on <https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/aristotle/Politics.pdf>).

²³ J. LOCKE, *Second Treatise of Government* (in *Two Treatises of Government*), London, 1823 [1690], Ch. XII, §§ 143-144, 167-168 (available on <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>).

²⁴ *Ibidem*, Ch. IX, § 131, 161. See also Ch. IX, §§ 124-126, 159-160: “[I]n the state of Nature there are many things wanting. Firstly, there wants an established, settled, known law, received and allowed by common consent to be the standard of right

In any case, there is no doubt that the “canonical expression” of this theory is due to Montesquieu, whose well-known analyse “of the Constitution of England” points out that “In every government there are three sorts of power: the legislative; the executive in respect to things dependent on the law of nations; and the executive in regard to matters that depend on the civil law. By virtue of the first, the prince or magistrate enacts temporary or perpetual laws, and amends or abrogates those that have been already enacted. By the second, he makes peace or war, sends or receives embassies, establishes the public security, and provides against invasions. By the third, he punishes criminals, or determines the disputes that arise between individuals. The latter we shall call the judiciary power, and the other simply the executive power of the state”. But he goes beyond the functional and descriptive notion to highlight its political and prescriptive content, as a guarantee of liberty: “When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner.

Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression”.²⁵

This is, essentially, the concept affirmed by the French National Assembly in its 1789 *Déclaration*. Nevertheless, as it has rightly been pointed out, this theoretical construction somehow became a myth, “the myth or separation of powers”,²⁶ and has had to adapt to the changes experienced in reality by the various political

and wrong, and the common measure to decide all controversies between them (...) Secondly... a known and indifferent judge, with authority to determine all differences according to the established law (...) Thirdly... power to back and support the sentence when right, and to give it due execution”.

²⁵ CH. DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *The Spirit of Laws* (Book XI, Ch. 6), Kitchener, Batoche Books, 2001 [1748], 173 (available on <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>).

²⁶ J. DE ESTEBAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, 212, quoting Einsenmann and Althuser.

systems. In what interests us most here, and in the framework of an essay written by a Spanish for an Italian journal, it may be convenient to recall the work of Walter Bagehot, who around 1867 “revisited” the theory of the separation of powers, providing a new perspective specifically adapted to parliamentary systems.

Bagehot focused on *The English Constitution*, as Locke and Montesquieu had done before. However, his analysis implies a clear rectification of that generally admitted theory (or myth) of the separation of powers which seems to fit much better to parliamentary systems. In his words, one of the “descriptions of the English Constitution which have exercised immense influence” was precisely “the principle of the English polity” according to which “the legislative, the executive, and the judicial powers are quite divided – that each is intrusted to a separate person or set of persons – that no one of these can at all interfere with the work of the other”. He added that “there has been much eloquence expended in explaining how the rough genius of the English people... carried into life and practice that elaborate division of functions”. A division “which philosophers had suggested on paper, but which they had hardly hoped to see except on paper”, simply because it is “erroneous”.²⁷

In fact, as he put it, the opposite is true: “The efficient secret of the English Constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers. No doubt by the traditional theory, as it exists in all the books, the goodness of our constitution consists in the entire separation of the legislative and executive authorities, but in truth its merit consists in their singular approximation. The connecting link is the cabinet”, which is conceived as “a committee of the legislative body selected to be the executive body”.²⁸ And its working is possible through “party organization”, which “is the vital principle of representative government”; because parties are essential to the parliamentary system, “inherent in it ... bone of its bone, and breath of its breath”.²⁹

²⁷ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, Fontana Press, 1993 [1867], 61-62.

²⁸ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 67-68.

²⁹ W. BAGEHOT, *op. cit.*, 160-161.

B) *The separation of powers in the Venice Commission*

As we have pointed out in the previous pages, the separation of powers appears as a “core element” of the rule of law. The question then is: what is the content of this principle for the Venice Commission? Or, in other words, what does the Venice Commission mean when it refers to separation of powers? In this field, the essential reference is undoubtedly the 2020 *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning separation of powers*³⁰ (hereinafter, the *Compilation*). As it has already been explained, it is not a *Raport* adopted by the plenary of the Commission, but just – not more, but not less – a systematic compilation of extracts taken from different VC’s opinions and studies, which intends to give an overview of its general doctrine about the matter, as a “frame of reference” (§ 2).³¹

After the introduction, the second part of the document (“Definition and main features of the principle”) includes some general statements, underlining that separation of powers is “the core of the rule of law”; or “the fundamental principles of the rule of law, the separation of powers and the independence of the judiciary create the framework which legitimates various political systems and forms of government, as long as they remain democratic”, because “negligence of these fundamental rules could lead to the transformation (or, better, the degeneration) of the whole system into an authoritarian one”.

Regarding the contents of the principles of “separation and balance of powers”, it declares that they “demand that the three functions of the democratic state should not be concentrated in one branch, but should be distributed amongst different institutions”. Immediately afterwards, it highlights that “the concept of the separation of powers is most clearly achieved with respect to the judi-

³⁰ CDL-PI(2020)012 (available in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)).

³¹ The *Compilation* explicitly underlines that the chosen extracts have to be “seen in the context of the original text adopted” by the Commission, normally referring to specific case studies whose general context has to be taken into account. Consequently, it suggests that “references should be made to the opinion or report/study and not to the compilation” (§ 6), and it lacks a specific numbering (except in the general introduction). In any case, given the general and descriptive purpose of this pages, I will limit to quote the *Compilation*, omitting the reference to the different cases, opinions and numberings.

ciary, which must be independent from the two other branches”, because “when it comes to the separation and balance between the executive and the legislative branches, their relationship is more complex”. Effectively, “the extent of separation depends on the political system as determined by the Constitution”, and a clear distinction can be drawn among “three models”: a “clear separation” in presidential systems, a double dependence of the government in the semi-presidential ones, and a separation “usually less marked” in parliamentary systems, where – as Bagehot had observed – the executive is appointed from – and by – a parliamentary majority, thus establishing a relationship of dependence. As a consequence, the implications of the principle may be different: in presidential systems, “certain minimum requirements of parliamentary influence and control should be fulfilled”; whilst in parliamentary ones, “in turn, basic requirements arising from the principle of separation of powers should be respected”.

In any case, and independently of the political system considered, “a strong, independent judiciary is essential because the controversies which in a parliamentary regime are normally settled through political debate and negotiations, in a presidential regime often end up before the courts”. In the end, and in the already mentioned terms used by the *Report on the Rule of Law* “a well-functioning judiciary, whose decisions are effectively implemented, is of the highest importance for the maintenance and enhancement of the Rule of Law”.

The third part of the *Compilation* focuses on the “relationship between the Legislature and the Executive”. In this respect, it is remarkable the distinction drawn (in line with the classics) “between law-making (legislation) and implementation of laws. Both... are expressions of sovereignty... [and] the difference depends on their addressees. Laws – in the material sense – or normative acts – are addressed to everybody (or at least to a large and indefinite group of addressees): they are general and abstract; decisions implementing laws always have one or more, but definite, specific, or named addressees: they are individual and concrete”. However, this general statement can be qualified: even though “the power to adopt laws in the material sense belongs primarily to the legislator... in almost every state this power is not reserved in its entirety to parliaments”, because some “topics are delegated to the executive”.

In any case, “implementation of laws is the task of the executive and judicial branches of government. The power of the executive to adopt normative acts is limited to legislative delegation as defined above and implementation of (formal) laws. It is more generally competent for adopting decisions (legal acts of an individual and concrete nature). Usually the executive (through its administrative institutions and bodies) acts for the future (*pro futuro, ex nunc*), while the judiciary decides on the legality of the previous behaviour of the state and of individuals, it implements laws with retrospective effect (*ex tunc*)”.

In this way, the judiciary comes into the focus. The *Compilation* considers then some topics in the field of relationships of the Judiciary with the Legislative (section IV) and with the Executive (V). In this latter part, the document is very brief, limited only to pointing out the principle of independence of judiciary (with the basis of another previous Commission Report, dealing precisely with this issue³²), and referring to another VC *Compilation*, now gathering *Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges*.³³

Insofar as we are interested now, this latter document, defines judicial independence as “independence from the executive and the parties. Courts should also be independent from the legislature except in so far as they are bound to apply laws emanating from the legislative body”; underlining that it “is not a prerogative or privilege granted in the judge’s own interest, but is a fundamental principle, an essential element of any democratic state, a pre-condition of the rule of law and the fundamental guarantee of a fair trial [...] Decisions which remove basic safeguards of judicial independence are unacceptable even when disguised and can breach Article 6.1 ECHR”. And it adds that “judicial independence must be protected both in its ‘external’ and ‘internal’ components”, thus implying that “Judges should be independent and impartial in their decision-making and capable of acting without any restriction, im-

³² *Report on the Independence of the Judicial System. Part I: The Independence of judges* [CDL-AD(2010)004], in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-e).

³³ CDL-PI(2019)008 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2019\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2019)008-e)).

proper influence, pressure, threat or interference, direct or indirect, from any authority, including ‘authorities internal to the judiciary’”.

For its part, the cited 2010 *Report* begins by underlining – as its first “preliminary remark” – that this principle “has both an objective component, as an indispensable quality of the Judiciary as such, and a subjective component as the right of an individual to have his/her rights and freedoms determined by an independent judge”, because without it “there can be no correct and lawful implementation of rights and freedoms”. Therefore, “the independence of the judiciary is not an end in itself. It is not a personal privilege of the judges but justified by the need to enable judges to fulfil their role of guardians of the rights and freedoms of the people” (§ 6).

Apart from analyzing various aspects of the justice system and the status of judges, the *Report* also pays attention to the “freedom from undue external influence”. In this respect, it considers two complementary aspects: on the one hand, “external independence shields the judge from influence by other state powers and [*what is particularly interesting from our point of view*] is an essential element of the rule of law”; on the other, “internal independence ensures that judges take decisions only on the basis of the Constitution and laws and not on the basis of instructions given by higher ranking judges” (§ 56).

Immediately after those remarks, the document focus on the “final character of judicial decisions”, underlining that judicial decisions “should not be the subject of any revision outside the appeals procedures as provided for by law”, even though it adds that “this principle does not preclude the re-opening of procedures in exceptional cases on the basis of new facts or on other grounds as provided for by law” (§ 65). An idea which is strongly reinforced by concluding that “The Venice Commission underlines the principle that *judicial decisions should not be subject to any revision outside the appeals process, in particular not through a protest of the prosecutor or any other state body outside the time limit for an appeal*” (§ 67, emphasis in the original text).

In sum, in the different documents which have been analyzed in this section the Venice Commission has declared that (i) the separation of powers “is the core of the rule of law”; (ii) that it “is most clearly achieved with respect to the judiciary, which must be inde-

pendent from the two other branches”; (iii) that the independence of the judiciary “is a fundamental principle, an essential element of any democratic state, a pre-condition of the rule of law and the fundamental guarantee of a fair trial”; (iv) that “a well-functioning judiciary, whose decisions are effectively implemented, is of the highest importance for the maintenance and enhancement of the Rule of Law”; (v) that judicial decisions “should not be the subject of any revision outside the appeals procedures as provided for by law”. All these elements (separation of powers, independent judiciary, final character of judicial decisions) are necessary for implementing the rule of law, because (vi) without them “there can be no correct and lawful implementation of rights and freedoms”.

III. *The practical dimension of the principles of Rule of Law and separation of powers: a case study*

To conclude this contribution, it may be appropriate to observe how these concepts were applied by the Venice Commission in one of its opinions, in whose preparation I had the chance (and the privilege) to participate; the *Opinion on the Provisions Relating to Political Prisoners in the Amnesty Law of Georgia*³⁴ (hereinafter, the *Opinion*).

In that case, the Commission was asked “on the specific provisions in the amnesty law currently being considered by the Georgian Parliament that include in this amnesty the list of individuals that are considered political prisoners by a recently adopted resolution of the Georgian Parliament” (§ 2). To do so, and after providing a general overview of the bill, it specifically mentioned its art. 22, which “provides that persons who have been granted the status of politically imprisoned or politically persecuted person by virtue of (the) resolution of the Parliament of Georgia shall be discharged from criminal responsibility and punishment”. This article stands as the precise object of examination, together with a parliamentary resolution which “establishes a list of... persons” incarcerated or prosecuted “on political grounds” (§§ 10-11).

³⁴ CDL-AD(2013)009, adopted by the Venice Commission in March 2013, on the basis of comments by Mr. N. Esanu (Moldova), Mr. J. Hamilton (Ireland) and the author of these pages ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)009-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)009-e)).

Afterwards, the *Opinion* frames the general topic affected by the bill, in a brief section about the “measures of mercy in comparative law and in Georgian law”, declaring that “this kind of measures are considered legal in European Law and are expressly stated in some international instruments”, whilst “outside the Council of Europe area, examples of Amnesty Law could only be found in the context of end of conflicts, dictatorships, insurrections, just after democratic transitions but no later than that” (§§ 17-25). In the case of Georgia, the Constitution expressly mentions the term “amnesty”, but only to exclude it from the scope of a referendum (§ 28).

What interests us most here, because it introduces the rule of law as standard, is that the *Opinion* questions if the examined provision, “referring to a resolution listing the people who are considered as political prisoners and to whom the Amnesty applies, really presents the features of an Amnesty Law”. Because “in Georgian Law, measures of mercy directed to specified individuals rather take the form of a Presidential pardon”, and Georgian authorities had the option (“a political choice... which may not be questioned or reviewed by the Venice Commission”) between “addressing the issue of the ‘political prisoners’ through amnesty or pardon”. They chose to proceed with an amnesty, and this choice has “legal consequences”. Very particularly, that “amnesty laws adopted by parliament have to comply with the rule of law, principles of legality, prohibition of arbitrariness as well as non-discrimination and equality before the law”. After all, the “opinion ... in no way” questions the political choice, but it intends “to provide a legal analysis of the situation with a view to strengthening the rule of law”. (§§ 32-34, 57).

The question arises because, as the *Opinion* underlines, the controversial provision “seems to be dedicated to ‘individually unspecified people’”; but it must be considered together with the already mentioned resolution also adopted by Parliament “which list the names of individuals”. This mere fact denies “the conclusion that this Amnesty Law was intended to ‘unspecified people’, as it should have been”. It does not therefore comply with the principle of legality (§§ 35-37).

Other problems relate to the principle of separation of powers: by listing “the names of political prisoners... rather than giving an abstract definition of *politically imprisoned or politically persecuted*

person, Parliament took the place of the Judiciary which should, in principle, have been entrusted by decision of Parliament to decide whether individuals were fulfilling the criteria Parliament would have determined”; and this is not “a procedure by which the Judiciary is entrusted by decision of Parliament to decide on whether individuals fulfil the criteria determined by Parliament”, thus disregarding the principle of separation of powers (§§ 40-45).

The judgement is not better regarding the “principles of prohibition of arbitrariness, non-discrimination and equality before the Law”. As far as the questioned provision “provides for discharge from criminal responsibility and punishment of persons who have been granted politically imprisoned or persecuted status”, the law does not “establish objective criteria according to which an individual is considered a political prisoner. The Law does not specify what offences are covered or during what period. It does not mention a criterion such as ‘serious doubt about the fairness of the proceedings leading to the conviction of the individual’”; and “the process of selection of cases was non transparent, and therefore appears to be arbitrary” (§§ 47-49).

In addition, other technical questions are posed: provided that “the Law does not provide for an appeal to a court of law in the case of a person whose name is not on the list and considers that he or she is entitled, as anybody else, to be released on the grounds that he or she was a political offender. In any event, in the absence of clear criteria for inclusion in and exclusion from the list, a challenge could hardly succeed”. Moreover, even though the debated provision “is meant to be an amnesty for people imprisoned on political motives... [it] appears to be a general amnesty. On a literal reading, the Law would appear to cover not only political offences, but also ordinary offences which had no connection to politics”. Consequently, “if a person who had genuinely been imprisoned for political reasons turned out to have previously committed a serious offence unrelated to politics he or she appears to have been granted immunity from prosecution for non-political offence at all times”. And “in case Parliament have included in their list persons who are not in any sense political offenders or the objects of political persecution and who have committed ordinary offences unconnected to politics, there is no method by which the decision can be challenged” (§§ 50-54).

Taken all these elements into account, the Commission considers “that this measure was taken irrespective of the rule of Law and of the above-mentioned fundamental principles”. Therefore, it concludes defining the standards applied: “an amnesty by Parliament must comply with certain fundamental principles of the rule of law, namely legality (including transparency), the prohibition of arbitrariness, nondiscrimination and equality before the law”. And “the Commission is of the opinion” that the questioned provision “failed to comply with these principles” (§§ 56, 58).

IV. *In conclusion: looking (forward) to the future*

Three years ago, a main actress in European politics during the last decades as the former Polish President, Mrs. Hanna Suchocka, wrote that “the Venice Commission helped the countries to discover what, growing out of the common European legal tradition, became a European legal standard. Therefore, in the general category, the so-called European standard was perceived as a central value. One of the crucial values was the Rule of Law. Hence, referring to it was an important verifier in the process of making changes to the constitution and laws in various countries”. Nevertheless, “concerns have started to emerge about the misunderstanding of the Rule of Law”, because of the appearance of “a ‘democratic’ version of power concentration... achieved as the result of elections and the acquisition” of majorities capable of changing the laws (and even the constitutions), thus giving “rise to the temptation of not reckoning with other political forces”.

For Mrs. Suchocka, “this is not an internal matter for a particular... State”, but “a problem of the whole European system which can only function if all member States fully respect the principles enshrined in the Treaties”. And “the rise of strong populist movements” has opened the gate to “tensions between democracy and the rule of Law”, because “populism does not accept Rule of Law limitations to majority rule”.

She concluded her reflections by affirming that “the standards of the Venice Commission, which are based on the primacy of law over political power... are rooted in long European legal tradition but require further clarification” to be able to face such new chal-

lenges.³⁵ I hope that this brief essay may contribute to that purpose and to the Venice Commission foundational aim of strengthening “democracy through law”.

Abstract

This article considers some documents of the Venice Commission trying to present some reflections on the content and scope of two basic constitutional notions, those of the rule of law and separation of powers, highlighting their possible use as a standard for evaluating political decisions and even the democratic character of political systems.

Questo articolo prende in considerazione alcuni documenti della Commissione di Venezia cercando di presentare alcune riflessioni sul contenuto e sulla portata di due nozioni costituzionali fondamentali, quelle dello Stato di diritto e della separazione dei poteri, evidenziando il loro possibile utilizzo come standard per valutare le decisioni politiche e anche la carattere democratico dei sistemi politici.

³⁵ H. SUCHOCKA, “Are Venice Commission’s standards on the Rule of Law still valid?”, in S. GRANATA-MENGHINI- Z. CAGA TANYAR, *Venice Commission Thirty-year Quest...*, cit., 643-652.

JOSEP MARIA CASTELLÀ ANDREU

IL MODELLO DI DEMOCRAZIA
DELLA COMMISSIONE DI VENEZIA
E LA SUA RILEVANZA
PER LA MINACCIA DEL POPULISMO¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Pluralismo politico e democrazia. – 3. Stato di diritto, costituzionalismo e democrazia costituzionale. – 3.1. Stato di diritto e democrazia. – 3.2. Democrazia parlamentare, maggioranza e opposizione in una democrazia costituzionale. – 3.3. Democrazia e secessione. – 4. Referendum e democrazia rappresentativa. – 4.1. Complementarietà tra democrazia diretta e rappresentativa. – 4.2. Rappresentanza e democrazia: il recall (la revoca). – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il Consiglio d'Europa considera i principi della democrazia, dello stato di diritto e dei diritti umani come i suoi pilastri fondamentali. Lo stesso vale per la Commissione di Venezia, il cui nome ufficiale è "Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto". In questo modo, diventa evidente l'inscindibilità di questi principi. Mentre la tutela dei diritti umani passa inevitabilmente attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la democrazia, così come lo Stato di diritto, in quanto principi di organizzazione e funzionamento dello Stato costituzionale, sono l'oggetto fondamentale della dottrina della Commissione di Venezia, da cui la rilevanza della sua analisi.

Il modello di democrazia che è alla base dei documenti della Commissione di Venezia merita un'attenzione particolare in un mo-

¹ Questo lavoro fa parte delle attività del Gruppo di studio su democrazia e costituzionalismo (GEDECO) e della Cattedra Jean Monnet sulla democrazia costituzionale europea. Una precedente versione, più estesa, si trova nel lavoro diretto da J.M. Castellà, M. Montobbio e S. Granata-Menghini, *Estado de Derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, CEPC, Madrid, 2022.

mento storico caratterizzato dalla diffusione di movimenti populistici. In questo contesto, viene introdotta politicamente una diversa idea di democrazia, la “democrazia illiberale”², che mette in discussione ed erode la democrazia costituzionale o liberale, cercando di scindere la democrazia dal costituzionalismo e dallo Stato di diritto³.

Molti documenti costituzionali e trattati internazionali includono la democrazia tra i loro principi fondamentali ma, come ha sottolineato la Commissione di Venezia, non si preoccupano di definirla⁴. È quindi pertinente interrogarsi sul modello di democrazia promosso o difeso dalle costituzioni liberal-democratiche e, in particolare, su quello sostenuto dalla Commissione di Venezia, in linea con esse.

Nelle sue opinioni, la Commissione di Venezia fa regolarmente riferimento al pluralismo legato alla democrazia, nonché alla democrazia rappresentativa e al suo rapporto con la democrazia semidiretta, con particolare attenzione ai referendum. Solo in poche occasioni cita esplicitamente la democrazia costituzionale. Inoltre, la Commissione fa riferimento alla democrazia parlamentare, deliberativa e partecipativa, nonché allo “sviluppo democratico” o al “consolidamento della democrazia”. Fa anche riferimento al carattere evolutivo o dinamico della democrazia⁵. In questo articolo cercheremo di vedere il significato attribuito all’uso di questi termini,

² Sebbene F. Zakaria vi faccia riferimento nel suo fondamentale articolo “The rise of illiberal democracy” (L’ascesa della democrazia illiberale), *Foreign Affairs*, vol. 76, n. 6, 1997, 22-43, è il primo ministro ungherese V. Orbán che le conferisce il contenuto di un programma politico, soprattutto nei suoi discorsi alla scuola estiva del partito Fidesz. Si veda in particolare il discorso del 26 luglio 2014, <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>.

³ T. Ginsburg e A.Z. Huq, *How to save a constitutional democracy*, Chicago University Press, 2018, e Y. Mounk, *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Barcellona, 2018, 35 ss.

⁴ “Although democracy is one of the core values of the Council of Europe, and this notion is mentioned in many international agreements, there is no international treaty explicitly defining democracy.”, in CDL-AD (2019)015-e, par. 10, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist.

⁵ “Concepts like “sovereignty”, “democracy”, “republicanism”, “federalism” or “fundamental rights” are all concepts that over the years have been subject to continuous evolution, both at international and national level, and which should properly continue to be so in the years to come. The notion of “democracy” and “democratic principles” is for example not understood in the 21st century as it was in the 19th or the 20th century”. In: CDL-AD(2010)001-e par. 221, Report on Constitutional Amendment.

in modo da poter rispondere più precisamente alla domanda iniziale sul modello di democrazia che la Commissione di Venezia adotta e cerca di implementare o consolidare negli Stati membri dell'organizzazione. Di norma, prenderemo in considerazione report di carattere generale, di solito emessi di propria iniziativa, e solo eccezionalmente opinioni su casi particolari, che di solito traducono la dottrina generale in situazioni concrete.

2. *Pluralismo politico e democrazia*

L'affermazione del carattere pluralista della democrazia serve soprattutto a tutelare i diritti delle minoranze, anche quando queste propugnano modelli di organizzazione statale o sociale diversi da quelli sanciti dalla Costituzione. Lo Stato deve quindi farsi garante del pluralismo, elevato a principio fondamentale di molti ordinamenti costituzionali, ma ciò non significa che lo Stato debba restare immobile di fronte a tentativi o progetti di distruzione o di grave minaccia della democrazia stessa.

La Commissione di Venezia sostiene normativamente la natura restrittiva dei limiti al pluralismo politico. Di particolare interesse è l'applicazione di questo criterio ai partiti politici⁶. Essa individua due principali modelli di regolamentazione costituzionale e legale dei partiti a seconda del ruolo dello Stato nei loro confronti, quello liberale e quello interventista, fermo restando che nella pratica non si tratta di modelli puri. Questi modelli sono legati rispettivamente a due concetti di democrazia: quella formale o procedurale e quella sostanziale.

I rispettivi sistemi si avvicinano l'uno all'altro: una regolamentazione minima o addirittura nulla nel modello liberale (i Paesi Bassi ne sono un esempio paradigmatico), e una regolamentazione più dettagliata nel modello interventista, in cui i partiti devono aderire a determinati valori e principi sostanziali: “A system primarily based on a formal/procedural notion of democracy – the liberal theory of a ‘free electoral market’ – is likely to emphasize the internal autonomy of political parties, in conjunction with their character of private association, their right to associational freedom and their essential importance for a political pluralism reflecting the

⁶ CDL-AD(2020)032, Guidelines on political party regulation Second edition.

pluriformity in society. This implies having no specific rules, or only a few minimum rules, regulating political parties. A system that in essence is grounded on a substantive concept of democracy – based on the assumption of some fundamental values that democracy should adhere to, like for instance the German concept of a ‘wehrhafte Demokratie’ (a defensive or militant democracy), will have a more strongly regulated regime for political parties, concerning their status and internal party organisation, as well as level playing field guarantees and constitutional constraints”⁷. Deve essere quindi ribadito che la nozione sostanziale di democrazia non può essere semplicemente identificata con il modello della democrazia militante.

Sebbene la Commissione di Venezia prenda atto della preferenza in molti Paesi per il modello interventista basato su una maggiore regolamentazione, anche costituzionale, dei partiti e su un concetto sostanziale di democrazia⁸, ciò non altera la neutralità dell’approccio della Commissione⁹. Questa è una linea generale che orienta l’attività della Commissione di Venezia in materia di auto-determinazione politica degli Stati: ricercare criteri generali di applicazione ai diversi modelli costituzionali in Europa (forma di governo, bicameralismo, etc.) sulla base di principi comuni applicabili in tutti gli ordinamenti. In altre materie, invece, introduce criteri generali di preferenza, ferme restando le peculiarità di ciascun sistema, basati sia sulla tradizione costituzionale sia sul buon funzionamento del modello esistente (così nella giustizia costituzionale opta per una corte costituzionale, e la garanzia dell’indipendenza giudiziaria passa di solito attraverso i consigli giudiziari).

Entrambi i modelli di relazione tra i partiti e lo Stato prendono forma sia nel modo in cui viene regolata la vita interna dei partiti,

⁷ *Ibidem*, par. 26.

⁸ “During the last decades, many countries have evolved from a liberal model towards increased regulation of political parties, introducing requirements as to internal democracy and equality, external accountability and (more) respect for the basic elements of the constitutional order. The principle of non-intervention, that has prevailed across Western Europe from the very emergence of political parties, is no longer the dominant paradigm. Moreover, in many other countries, having moved away from an authoritarian or totalitarian regime towards a pluralistic approach, there are frequent constitutional references to respect for democratic and equality principles, to be taken into account by political parties”. *Ibidem*, par. 30.

⁹ *Ibidem*, par. 31.

sia nel modo in cui questi intervengono nei loro obiettivi programmatici.

In relazione alla struttura e al funzionamento interno dei partiti, fermo restando che il principio di democrazia interna è un principio generale ineludibile¹⁰, la sua portata e i suoi effetti variano in ciascun ordinamento giuridico a seconda della ponderazione stabilita con il principio di autonomia nell'organizzazione e nel funzionamento dei partiti – che sono a loro volta frutto della libertà di associazione della quale godono i partiti in quanto associazioni private – con cui l'applicazione del principio di democrazia interna entra inevitabilmente in tensione¹¹.

Anche per quanto riguarda la pluralità degli obiettivi politici e la libertà di ciascun partito di promuoverli attraverso le proprie azioni, si parte da un nucleo fondamentale: il dovere dello Stato di proteggere la libertà dei partiti di difendere le idee minoritarie nella società, pur sottoponendola a un doppio limite: l'uso della violenza e il tentativo di distruggere la democrazia stessa: “The state's duty to protect the freedom of association of political parties extends to cases where a party espouses ideas that do not enjoy the support of the majority of society, as long as the promotion of such ideas does not involve or advocate the use of violence or is not aimed at the destruction of democracy...”¹². In questo modo, viene già introdotta la tutela dei diritti delle minoranze e la garanzia dei diritti fondamentali, in particolare della libertà di espressione, di riunione e di associazione, per le quali la Commissione di Venezia si appoggia all'ampia dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo: “That applies all the more in relation to political parties in view of their essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy»¹³. Non si tratta solo del pluralismo descrittivo “che esprime” (così l'art. 6 della Costituzione spagnola), ma di quello normativo “che assicura”. I partiti sono anche legati alla partecipazione politica: “Political parties have developed as the main vehicle for political participation and debate”¹⁴.

¹⁰ *Ibidem*, par. 19.

¹¹ *Ibidem*, par. 23.

¹² *Ibidem*, par. 42.

¹³ *Ibidem*, par. 44.

¹⁴ *Ibidem*, par. 65, citando la sentenza *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 19392/92, 30 gennaio 1998, par. 25.

Come anticipato, il rispetto della democrazia pluralista non implica l'assenza di limiti ai partiti che potrebbero "distruggere" la democrazia. È qui che entrano in gioco diversi modi di proteggere la democrazia. In relazione alla democrazia militante o all'esistenza di limiti sostanziali agli obiettivi dei partiti, la Commissione di Venezia segue ancora una volta la consolidata dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo che interpreta l'Art. 11 CEDU e la sua applicazione del test di necessità e proporzionalità. I partiti che sostengono cambiamenti costituzionali radicali come l'autodeterminazione di un popolo sono ammessi, purché siano pacifici, legali e compatibili con i principi democratici fondamentali¹⁵. Per quanto riguarda il criterio restrittivo che deve applicarsi all'interpretazione delle cause di scioglimento: "[t]his requirement is not merely dictated by the seriousness of the restriction of the freedom of association which such measures imply, but also by the democratic principle of pluralism, of which the state is the ultimate guarantor. Indeed, as the ECtHR has held, "there can be no democracy without pluralism"¹⁶. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, come per la Commissione di Venezia, il limite alla possibilità dei partiti di proporre riforme che mettano in discussione l'attuale organizzazione dello Stato è la loro compatibilità con "le regole della democrazia", senza "danneggiare la democrazia stessa"¹⁷. Due sono le condizioni, che riguardano i mezzi – "legali e democratici" – e la compatibilità con i "principi democratici fondamentali". Pertanto, "[i]t necessarily follows that a political party whose leaders incite violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds. Continued action and speeches supportive of violence and destruction of democracy, and a refusal of party leaders and members to distance themselves from terrorist acts and beliefs may, in specific cases, justify dissolution"¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*, par. 83.

¹⁶ CDL-AD(2020)032, Guidelines on political party regulation, cit. par. 110, che cita la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Socialist Party and Others v. Turkey*, 21237/93, 25 maggio 1998, al par. 41. Corsivo aggiunto.

¹⁷ *Ibidem*, par. 115. Corsivo aggiunto.

¹⁸ *Ibidem*, par. 116. Citando anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Yazar and Others v. Turkey*, n. 22723/93 et al., 9 aprile 2002, par. 49.

Gli organi del Consiglio d'Europa vanno quindi oltre una concezione meramente formale della democrazia: anche se proposte nel rispetto delle procedure legalmente stabiliti per il cambio o la riforma costituzionale, se questi vanno contro la democrazia o mirano a distruggerla, sono giustificate misure contro il partito responsabile dell'iniziativa, compreso il suo scioglimento. Tuttavia, resta da chiarire ulteriormente il significato di "rispetto della democrazia", sul quale torneremo più avanti, anticipando però che non può che trattarsi di democrazia costituzionale. La sua distruzione richiede un cambiamento violento o la rottura rivoluzionaria di una costituzione.

La natura pluralista della democrazia influenza anche la posizione di diffidenza della Commissione di Venezia rispetto alle clausole di intangibilità, quando sono previste o quando le corti costituzionali ammettono limiti impliciti alla riforma costituzionale. La Commissione accetta la natura rigida delle costituzioni per evitare l'uso della riforma da parte della maggioranza di governo e come mezzo per raggiungere un ampio consenso politico. Quest'ultimo deve essere inteso in senso materiale, cioè come necessaria partecipazione di almeno qualche gruppo dell'opposizione, anche se il gruppo di maggioranza raggiunge il quorum richiesto per la riforma, come si è visto nei casi dell'Ungheria o della Serbia: "Certain political processes – such as the amendment of the Constitution – require the broadest political support. Even if the governing majority has the necessary number of votes to pass the amendments, it does not absolve the Government and Parliament from conducting a genuine all-inclusive and open debate in which the media and civil society can also participate. Democracy cannot be reduced to the rule of the majority, but encompasses as well guarantee measures for the opposition"¹⁹.

In questo modo, la rigidità serve a proteggere la democrazia stessa, intesa come definizione di regole che rimangono stabili di fronte a maggioranze mutevoli e intoccabili da queste: "[p]erhaps the most important function of constitutional binding in a demo-

¹⁹ Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD (2019)015-e, cit., par. 67. Il Parlamento deve occupare un ruolo centrale nella riforma per garantire la partecipazione delle forze politiche di minoranza ivi rappresentate, vd. CDL-AD(2010)001-e, Report on Constitutional Amendment, cit., par. 183.

crazy is to protect democracy itself – against any attempts at directly or indirectly undermining it. By cementing rules on democratic elections and representation, the constitution serves to protect present and future democratic majority rule against abuse from those temporarily in power”²⁰.

Tuttavia, secondo la Commissione, le clausole di intangibilità sono uno strumento “complesso e potenzialmente controverso” e devono essere interpretate in modo restrittivo e flessibile, proprio per tutelare il pluralismo: “[t]he Commission however considers that unamendability is a complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order. A *constitutional democracy* should in principle allow for open discussion on reform of even its most basic principles and structures of government. Furthermore, as long as the constitution contains strict rules on amendment, then this will normally provide an adequate guarantee against abuse – and if the required majority following the prescribed procedures wants to adopt reform, then this is a democratic decision, which should in general not be limited”²¹.

3. *Stato di diritto, costituzionalismo e democrazia costituzionale*

3.1. *Stato di diritto e democrazia*

“Lo Stato di diritto [si basa] su un ambiente favorevole” recita il titolo dell’epigrafe B dell’introduzione alla *Rule of Law Checklist* 2016 della Commissione di Venezia²²: la democrazia è una parte fondamentale di questo ambiente favorevole. In altre parole, la democrazia senza lo Stato di diritto è una democrazia illiberale o una democrazia rivoluzionaria: una democrazia senza limiti al potere e, in definitiva, una democrazia che si identifica con la regola della maggioranza. La democrazia non si riduce però alla regola della maggioranza²³, le procedure decisionali pubbliche e i diritti delle

²⁰ *Ibidem*, par. 78

²¹ *Ibidem*, par. 218. Corsivo aggiunto.

²² CDL-AD(2016)007-e.

²³ La nozione di “democrazia costituzionale” è illustrate esemplarmente, ad esempio, nell’opinione della Corte Suprema del Canada sulla secessione unilaterale del Québec, SCC [1998] 2 SCR 217 Reference Re Secession of Quebec, par. 61 e ss.

minoranze si pongono come limiti, rispettivamente formali e sostanziali, per evitare la tirannia della maggioranza del giorno. Senza democrazia, lo Stato di diritto non può attecchire pienamente e non trova l'ambiente adatto per fiorire. Al massimo avremmo uno Stato di diritto formale o una "rule by law".

Questo è l'approccio della Commissione di Venezia, che aggiunge un esplicito riferimento al legame con quello che è il vero fine dello Stato e dell'ordinamento giuridico: la protezione della dignità umana e dei diritti umani. Ciò è chiaramente espresso nella *Rule of Law Checklist*: "The Rule of Law is linked not only to human rights but also to democracy, i.e. to the third basic value of the Council of Europe. Democracy relates to the involvement of the people in the decision-making process in a society; human rights seek to protect individuals from arbitrary and excessive interferences with their freedoms and liberties and to secure human dignity; the Rule of Law focuses on limiting and independently reviewing the exercise of public powers. The Rule of Law promotes democracy by establishing accountability of those wielding public power and by safeguarding human rights, which protect minorities against arbitrary majority rules"²⁴. La stessa idea è ripetuta successivamente: "the Rule of Law is connected with democracy in that it promotes accountability and access to rights which limit the powers of the majority"²⁵.

Per individuare in cosa consista la democrazia costituzionale, la Commissione di Venezia si richiama agli elementi fondamentali di ogni costituzione, sottolineando le molteplici possibili concretizzazioni della separazione dei poteri e l'influenza del diritto comparato nella sua determinazione: "[w]hile "bills of rights" today are relatively (and increasingly) universal, with more or less the same fundamental content, the provisions on the machinery of government vary much more. There is a fundamental model of constitutional democracy with some form of separation and balance of power between the executive, legislative and judicial branches of government – but apart from this there are as many variations as there are constitutions. Thus there is a temptation to continuously try to "perfect" the system – drawing more or less relevant inspira-

²⁴ CDL-AD(2016)007-e, *Rule of Law checklist*, cit., par. 33.

²⁵ *Ibidem*, par. 50.

tion from the different national solutions offered by comparative constitutional law”.²⁶

Specificheremo il contenuto e la portata della democrazia costituzionale in due ambiti rilevanti: il controllo politico ordinario del governo nelle mani del Parlamento e, in particolare, dell’opposizione, nonché nei momenti straordinari della crisi secessionista.

3.2. *Democrazia parlamentare, maggioranza e opposizione in una democrazia costituzionale*

La Commissione di Venezia utilizza il termine democrazia costituzionale per riferirsi alla posizione e alle funzioni dell’opposizione parlamentare. Esiste un documento generale di grande rilevanza in questo campo: *Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*²⁷. Tra i diversi approcci possibili alla democrazia parlamentare e alla relazione di controllo del governo da parte del Parlamento, la Commissione di Venezia sceglie di prestare attenzione ai rapporti tra maggioranza e opposizione e di esaminare le funzioni parlamentari da questa prospettiva, che trascende le forme di governo e risponde a una realtà che soffre di una regolamentazione carente in molti Paesi, e che nella pratica presenta problemi nell’esperienza comparativa.

La premessa di partenza della Commissione di Venezia, come abbiamo visto, è che la democrazia non può essere ridotta alla regola della maggioranza, ma deve includere le minoranze politiche nell’esercizio delle funzioni parlamentari. La Commissione fa una diagnosi accurata della regressione o dell’erosione della democrazia negli ultimi anni in alcuni Stati, legata non alla rottura o alla distruzione della democrazia attraverso rivolte militari o rivoluzioni, ma all’abuso della regola della maggioranza e allo smantellamento dei *checks and balances*. In altre parole, la crisi viene dall’interno delle istituzioni democratiche ed è legata alle azioni dei governi populistici e autoritari.

La Commissione di Venezia, riferendosi al raggiungimento di una democrazia “effettiva” e ben funzionante, introduce la conside-

²⁶ CDL-AD(2010)001-e, Report on Constitutional Amendment, par. 133.

²⁷ CDL-AD (2019)015-e.

razione dello status e del ruolo dell'opposizione. Si basa sulla Risoluzione 1601 (2008) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che afferma che l'esistenza di "a political opposition inside and outside of parliament is an essential component of a well-functioning democracy". In un rapporto del 2010 la Commissione solleva il legame tra opposizione e minoranze in Parlamento "and therefore in need of some level of protection in order to fulfil the basic legitimate opposition functions that are necessary in order to ensure effective and sustainable democracy"²⁸. Nel 2019, abbandonando la prospettiva ottimistica del decennio precedente, in cui la democrazia era più forte che mai in Europa²⁹ alla luce di quanto accaduto nell'ultimo decennio in non pochi Paesi europei, la Commissione osserva "a worrying political trend in a growing number of countries, which is sometimes described by the formula "the winner takes it all". Following this trend, checks and balances restraining the power of the parliamentary majority are dismantled. Rushed adoption of laws without genuine political debate have become more frequent. Top judges and officials of independent agencies are appointed or dismissed single-handedly by the majority. In its relevant opinions, the Venice Commission has warned against reducing democracy to simple majoritarianism"³⁰.

Di fronte a questa situazione, si moltiplica la necessità di rafforzare le garanzie per l'opposizione, in assenza delle quali aumentano i rischi di degenerazione autoritaria: "[t]here is a growing need to strengthen the framework of parameters and safeguards regarding the interaction between the majority and the opposition. In the absence of such safeguards for the opposition, the *constitutional democracy* may turn into an authoritarian regime. To avoid such degeneration, in addition to the rules of the Constitution and the legislation, certain overarching principles should be respected"³¹.

I principi del pluralismo, della cooperazione, dell'efficacia del processo decisionale e della solidarietà politica o responsabilità condivisa tra maggioranza e opposizione sono citati come essenziali

²⁸ CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament, par. 37.

²⁹ *Ibidem*, par. 159.

³⁰ CDL-AD (2019)015-e, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, par. 2.

³¹ *Ibidem*, par. 21. Corsivo aggiunto.

per una democrazia costituzionale, da cui derivano una serie di criteri per orientare il rapporto tra le due. Da parte della maggioranza, quelli basati sulla regola dell'alternanza: autocontrollo della maggioranza nell'esercizio del potere, inclusività e trasparenza; da parte dell'opposizione, nell'evitare l'ostruzionismo e il ricorso alla violenza: “[b]oth the majority and the opposition have to act based on the same joint and responsible commitment to the public interest of the citizens, who are the legitimate source of democratic power. This commitment has to come first, surpassing the stakes of any political confrontation – although such confrontations are normal and essential in a democracy. The majority, precisely because it is a majority, has to act in the exercise of power with self-restraint and with respect towards the opposition, in an inclusive and transparent manner, having in mind that probably in the future it will become, in accordance with the democratic rules, an opposition group. At the same time, the opposition or their MPs should not abuse their procedural rights either, and, in criticising the policies of the majority, should not call for violence or get involved in violent acts, or in the physical obstruction of the Parliament’s work”³².

Proprio i principi citati, senza voler essere esaustivi, sono quelli che “distinguono una democrazia costituzionale”. La loro specificazione dipenderà da ciascun regime politico, cultura costituzionale e dalle diverse tradizioni storiche³³.

Persino nel contesto della pandemia di COVID-19 del 2020-2021, la Commissione di Venezia ha sottolineato la necessità di salvaguardare la democrazia parlamentare e pluralista contro la riduzione dell'attività o addirittura la chiusura dei parlamenti: “[d]iscarding total closure and the unjustified attack on the checks and balances system of parliamentary democracy, consideration must be given to what extent the reduction in the role of parliament affects the functioning of democracy”³⁴. Più specificamente: “parliaments need to hold their plenary sessions and should not allow the temporary replacement of deputies or reduce their attendance (even if proportionally). This is because discussion, the exchange of ideas and

³² *Ibidem*, par. 25.

³³ *Ibidem*, par. 28.

³⁴ CDL-AD(2020)018-e, Interim Report on the measures taken in the EU Member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights, par. 67.

personal, face-to-face contacts are crucial in feeding the debate. This ensures the effectiveness of *political pluralism and democracy*³⁵.

3.3. *Democrazia e secessione*

Le regole della democrazia costituzionale devono essere applicate anche nell'ipotesi estrema di una secessione. Innanzitutto, il referendum sulla secessione, come qualsiasi altro referendum, è possibile solo se il sistema costituzionale lo prevede: “[t]he use of referendums must comply with the legal system as a whole. In particular, referendums cannot be held if the Constitution or a statute in conformity with the Constitution does not provide for them”³⁶. Allo stesso modo, maggioranze semplici o circostanziali non sono sufficienti per approvare quella che la stessa Commissione di Venezia ha considerato una delle decisioni di maggiore trascendenza per una comunità politica³⁷. La Commissione, nei due casi che le sono stati sottoposti direttamente (Montenegro e Crimea), assume la dottrina della Corte Suprema del Canada formulata *nell'advisory opinion* sulla secessione del Québec del 1998, di cui riassume magistralmente le conclusioni: “In its ruling on constitutional aspects of the possible secession Québec, the Canadian Supreme Court held that democracy means more than simple majority rule. Hence, if a referendum were to be conducted, a clear majority in favour should exist. The Court said: we refer to a “clear majority” as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question and in terms of the support it achieves. Nevertheless, the Court refrained from defining what, in quantitative terms, a “clear majority” could be, saying: it will be for the political actors

³⁵ *Ibidem*, par. 75. Corsivo aggiunto.

³⁶ CDL-AD(2022)015-e Revised Code of good practices on referendums, II.1.

³⁷ “the issue at stake is possibly the most important decision that a political community may take by democratic means: its independence. Hence, the matter requires the broadest possible commitment of the citizens to the resolution of the issue.”, in CDL-AD (2005)041, Opinion on the Compatibility of the Existing Legislation in Montenegro concerning the Organisation of Referendums with Applicable International Standards, par. 24. Negli stessi termini: CDL-AD(2014)002, Opinion on “whether the decision taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to organise a referendum on becoming a constituent territory of the Russian Federation or restoring Crimea’s 1992 Constitution is compatible with constitutional principles”, par. 25.

to determine what constitutes a “clear majority on a clear question” in the circumstances under which a future referendum may be taken”³⁸. In termini generali, la Commissione ha affermato che “un quorum di approvazione o un requisito di maggioranza specifica è accettabile per i referendum su questioni di fondamentale importanza costituzionale”.³⁹

Quando è tornata sul tema nel 2014, questa volta in relazione alla Crimea, la Commissione di Venezia ha ribadito la necessità che il referendum di secessione sia conforme alla Costituzione, oltre che agli standard democratici europei, ai quali la Commissione di Venezia ha dato un contributo particolare⁴⁰, come si vedrà nel paragrafo successivo: “[h]olding a referendum which is unconstitutional in any case contradicts European standards”, e allo stesso tempo “[i]t is also necessary that the referendum comply with basic democratic standards for the holding of referendums, such as those established by the Venice Commission’s Code of Good Practice on Referendums”⁴¹. In questo modo, democrazia e costituzionalismo appaiono come linee guida sia per regolare che per valutare un referendum sulla secessione già svolto. Un ultimo esempio di applicazione di questa dottrina è fornito dalla lettera con cui il Presidente della Commissione di Venezia Gianni Buquicchio ha risposto alla richiesta di assistenza avanzata dal Presidente della Generalitat Carles Puigdemont per lo svolgimento del referendum sulla secessione della Catalogna che si sarebbe dovuto tenere il 1° ottobre 2017. Sottolinea il necessario rispetto della Costituzione: “the Venice Commission... has consistently emphasised the need for all referendum to be carried out in full compliance with the Constitution and the applicable legislation”⁴².

³⁸ CDL-AD (2005)041, cit., par. 34. I riferimenti all’opinione della Corte Suprema del Canada (SCC [1998]2 SCR 217 Re Secession of Quebec), cit, si riferiscono principalmente ai par. 75, 76, 92 e 100.

³⁹ CDL-AD(2022)015-e Revised Code of good practices on referendums, cit., III.7.b. Nel par. 65 include la secessione “when admitted by the Constitution”.

⁴⁰ Sul rispetto dei principi di democrazia e dello Stato di diritto nel referendum sull’indipendenza catalana alla luce della dottrina della Commissione di Venezia, si veda J.M. Castellà Andreu, “Sobre el encaje constitucional del pretendido referéndum de secesión de Cataluña”, in E. Sanz e C. Garrido, *La funcionalidad del Referéndum en la democracia representativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 129-153.

⁴¹ CDL-AD (2014)002, cit., par. 24, 21.

⁴² Lettera del 2 giugno 2017. Sul sito della Commissione di Venezia: <https://www.venice.coe.int/files/Letter%20to%20the%20President%20of%20the%20Government%20of%20Catalonia.pdf> (accesso 18 marzo 2024).

4. *Referendum e democrazia rappresentativa*

Infine, la nostra analisi deve essere completata con la posizione del referendum – e della democrazia partecipativa – nelle democrazie rappresentative.

4.1. *Complementarietà tra democrazia diretta e rappresentativa*

La natura complementare del referendum rispetto alla democrazia rappresentativa è oggi difficilmente contestabile: il referendum non è un'istituzione che agisce al di fuori o in alternativa alla forma di Stato democratica rappresentativa, ma è integrato in essa. Pertanto, la natura democratica del referendum è vincolata al fatto che non alteri i *checks and balances* tra l'esecutivo e il legislativo e che non venga utilizzato a fini plebiscitari o per stabilire un rapporto diretto tra l'esecutivo e la cittadinanza, marginalizzando il Parlamento.

In un contesto di uso populista del referendum in Europa (si ricordino, tra gli altri, il referendum greco di luglio 2015 sulle condizioni imposte dall'UE per il salvataggio dell'economia greca, la Brexit o il referendum sulla riforma della Costituzione italiana del 2016, oltre al referendum illegale catalano del 2017), l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato il Rapporto "Update of the guidelines to ensure the holding of fair referendums in Council of Europe member states" (Doc. 14791), che ha portato alla Risoluzione 2251 (2019) "Aggiornamento delle linee guida per garantire lo svolgimento di referendum equi negli Stati membri del Consiglio d'Europa" (22 gennaio 2019). In questa risoluzione, l'Assemblea invita la Commissione di Venezia a rivedere il Codice di buone pratiche sui referendum (2007) e a tenere conto, tra i principi generali, del fatto che "3.1 I referendum dovrebbero essere *integrati nel processo della democrazia rappresentativa* e non dovrebbero essere usati dall'esecutivo per scavalcare la volontà del parlamento o cercare di aggirare i normali controlli e contrappesi" (corsivo aggiunto).

La Commissione di Venezia ha approvato nel 2022 la revisione del Codice di buone pratiche sui referendum⁴³. Rispetto a questo

⁴³ CDL-AD(2022)015-e Revised Code of good practices on referendums, cit., che ha sostituito CDL-AD(2007)008rev-cor.

documento, ci limiteremo a considerarne i passaggi relativi alla posizione complementare del referendum nelle democrazie rappresentative. A questo proposito, la Commissione di Venezia afferma: “In the constitutional systems of Council of Europe Member States, decision-making ordinarily occurs through mechanisms of representative democracy, whereas recourse to referendums tends to *complement* such decision-making processes. This is true even in countries where legislation is generally open to referendum. In view of the foregoing, referendums and representative democracy should be harmoniously combined. In particular, recourse to direct democracy should not exclude the involvement of the representative bodies in the process. Furthermore, recourse to a referendum should not be used to upset constitutional checks and balances, e.g. be used by the president or the government in order to circumvent parliamentary amendment procedures”.⁴⁴

Questa complementarità viene ribadita anche rispetto al referendum di iniziativa popolare: “[i]t is advisable to require a number of signatures which is sufficiently high to ensure that only questions which are of interest to a substantial part of the electorate will be put to referendum, thereby safeguarding the character of the referendum as complementary to representative democracy”.⁴⁵

Inoltre, viene anche menzionata la complementarità delle tre principali forme di esercizio della democrazia, che include la democrazia partecipativa, oltre a quella diretta e rappresentativa: “Participatory democracy and, in particular citizens’ assemblies, are also complementary to representative democracy... The introduction of such assemblies does not exclude nor imply referendums, and vice versa: they can be a step in a process which will lead to a referendum”.⁴⁶

Un caso particolare di complementarità del referendum su cui la Commissione prende posizione è quello della riforma costituzionale, dove è previsto. Non può sostituire la deliberazione parlamentare (come ha avuto modo di sottolineare a proposito dell’Azerbaigian). Laddove non siano stati regolamentati, la procedura

⁴⁴ *Ibidem*, par. 9, che cita il Report on Constitutional Amendment, cit. (CDL-AD(2010)001), par. 189, oltre alla già citata Risoluzione del Consiglio d’Europa del 2019. Corsivo aggiunto.

⁴⁵ *Ibidem*, III.3.c).

⁴⁶ *Ibidem*, par. 10.

deliberativa è sufficiente: “it is to be stressed that the use of referendums should comply with the national constitutional system as a whole. As a main rule, a referendum on constitutional amendment should not be held unless the constitution explicitly provides for this. In some countries this is a well established and integral part of the amendment procedure. But in constitutional systems with no mention of referendum, parliament is the legitimate constitutional legislator, and should be respected as such. Representative democracy is certainly as legitimate as direct democracy on issues such as these, and may often be the more suitable procedure for in-depth discussion and evaluation”⁴⁷.

La Commissione lascia aperta la questione di come concretizzare il carattere complementario del referendum. In questo senso, ogni Stato, nel suo sistema costituzionale, decide se l'istituto debba essere presente o meno, la regolamentazione dei tipi di referendum, i loro effetti e a quali livelli di governo operano, in modo che assumano un ruolo di contrappeso, arbitrale o piuttosto marginale.

4.2. *Rappresentanza e democrazia: il recall (la revoca)*

La Commissione di Venezia ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sulla revoca da parte del corpo elettorale del mandato di rappresentanza. Il *recall* appare, fin dall'inizio, come un istituto estraneo al principio della rappresentanza politica e al divieto di mandato imperativo, ad esso inerente: “Political representation and representative institutions are at the core of contemporary democracies. The principle of free political mandate and its corollary, the prohibition of any imperative mandate, are at the foundations of representative democracy”⁴⁸. E questo vale non solo per le istituzioni parlamentari nazionali, nel cui ambito le costituzioni prevedono solitamente il divieto di mandato imperativo, ma anche per le istituzioni regionali e locali, dato il loro carattere altrettanto rappresentativo e deliberativo⁴⁹.

Il *recall* è uno degli istituti della democrazia diretta, insieme al referendum, ma poiché conferisce ai cittadini il potere di decidere

⁴⁷ CDL-AD(2010)001-e, Report on Constitutional Amendment, cit., para 185.

⁴⁸ CDL-AD(2019)011rev-e Report on the recall of mayors and local elected representatives, par. 13.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 18.

sulla cessazione del mandato dei funzionari pubblici, ha carattere eccezionale. In generale, la Commissione di Venezia respinge il *recall*, poiché, nel contesto della democrazia rappresentativa, rompe con gli istituti ad essa inerenti, quali, in primo luogo, il regolare svolgimento delle elezioni degli organi rappresentativi e il controllo degli eletti attraverso di esse, poiché significa restituire agli elettori il potere di decidere sugli eletti senza attendere la fine del mandato: “The recall touches upon the very essence of a representative democracy, a system based, by definition, on the principle of representation, where citizens transfer their sovereignty – that is, the right to rule – to their elected representatives who, on behalf of the citizens, make decisions and establish policies in the interest of all. In this system, regular elections, where voters opt for renewing/or not the mandates of elected representatives, constitute the main mechanism by which political accountability is realised. Obviously, within this framework, the recall raises the question as to whether and under which conditions voters, while transferring the power to decide to elected representatives, might retain a “right” to decide to recall (“un-elect”) those elected representatives in case of dissatisfaction with their work, without waiting for the next regular elections”.⁵⁰

Il *recall* non è neppure adatto al carattere deliberativo delle istituzioni rappresentative e alla discussione ad esse inerente: “the notion of *deliberative democracy* with its focus on the need for political decisions to be the product of fair and reasonable discussion and debate among citizens, suggests that members of deliberative assemblies will reach their decisions at the end of a process of consultation and debate, which is at odds with the notion of imperative mandate”.⁵¹

Infine, la Commissione introduce un altro argomento critico rispetto alla possibilità di prevedere il *recall*, ossia la possibilità di strumentalizzazione dell’istituto da parte di movimenti populistici che potrebbero utilizzarlo come elemento distorsivo della democrazia rappresentativa: “[...]in the context of the crisis of representation, recall could introduce a further threat for the stability of representative democracy. Subject to a variety of factors (such as the

⁵⁰ *Ibidem*, par. 16.

⁵¹ *Ibidem*, par. 17. Corsivo aggiunto.

level of political culture) and influences, even manipulation by the authorities in some cases, it may be instrumentalised and used for different kinds of interests”⁵².

Alla luce di queste obiezioni, la Commissione di Venezia sostiene la natura eccezionale della figura, limitata agli Stati in cui è parte della loro tradizione e soggetta a una regolamentazione molto rigorosa (ad esempio l’Ucraina): “in order not to be at odds with representative democracy and the representative system [...], where constitutional and/or legislative provisions are open to recall this should be regulated very carefully and only be used as an exceptional tool, as a complement to other democratic mechanisms which are available in a representative system – including other direct and participatory democracy instruments, if available”⁵³.

5. *Conclusion*

Nelle pagine precedenti abbiamo esaminato la dottrina della Commissione di Venezia sul concetto di democrazia utilizzato nei suoi documenti. In generale, la Commissione assume e difende la democrazia pluralista in contrapposizione alla democrazia militante; la democrazia costituzionale in contrapposizione alla democrazia illiberale, che implica il suo legame con lo Stato di diritto, i diritti fondamentali e il costituzionalismo; e la democrazia rappresentativa, che comprende la sua natura parlamentare e deliberativa. A queste possono aggiungersi le istituzioni di democrazia semidiretta, in particolare i referendum, e la democrazia partecipativa. Ogni sistema costituzionale e ogni tradizione costituzionale può introdurre particolarità al carattere pluralista e rappresentativo per difendere altri beni, come la difesa dell’ordine costituzionale stesso o la partecipazione diretta dei cittadini ai processi decisionali. Il carattere costituzionale della democrazia non è invece discutibile, così come la forma di democrazia rappresentativa statale, pur restando aperta una varietà di opzioni in quanto al modo in cui organizzarla. Per la Commissione di Venezia, quindi, la democrazia non si presenta come potere popolare illimitato, in nessuna delle sue versioni rivoluzionarie, identitarie o populiste, ma deve essere legata allo

⁵² *Ibidem*, par. 121.

⁵³ *Ibidem*, par. 74.

Stato di diritto, nella sua caratterizzazione contemporanea di Stato costituzionale di diritto.

La democrazia in quanto tale è oggi in crisi a causa del populismo e della rinascita di autoritarismi di vario tipo, che in genere mettono in discussione non la legittimazione popolare del potere o la titolarità della sovranità da parte del popolo in astratto, ma piuttosto il carattere pluralista, deliberativo e parlamentare della democrazia. Elemento caratterizzante di questa ideologia è il rifiuto di limiti al potere politico e quindi della sua sottomissione all'ordinamento giuridico, entrambi elementi cardinali del costituzionalismo. Da qui l'attualità del richiamo alla dottrina della Commissione di Venezia. Allo stesso tempo, questa dottrina mostra i limiti della Commissione di Venezia e del costituzionalismo stesso quando si tratta di affrontare con successo e il prima possibile l'erosione della democrazia nei nostri Stati.

Documenti della Commissione di Venezia citati

CDL-AD (2005)041, Opinion on the Compatibility of the Existing Legislation in Montenegro concerning the Organisation of Referendums with Applicable International Standards, adopted by the Venice Commission at its 65th Plenary Session (Venice, 16 - 17 December 2005).

CDL-AD(2010)025, Report on the role of the Opposition in a democratic Parliament, adopted by the Venice Commission, at its 84th Plenary Session (Venice 15-16 October 2010).

CDL-AD(2010)001-e Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009).

CDL-AD (2014)002, Opinion on "whether the decision taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to organise a referendum on becoming a constituent territory of the Russian Federation or restoring Crimea's 1992 Constitution is compatible with constitutional principles," adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014).

CDL-AD(2016)007-e, Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016).

CDL-AD(2019)011rev-e Report on the recall of mayors and local elected representatives, adopted of by the Council for Democratic Elections, at its 65th meeting, Venice, 20 June 2019 and by the Venice Commission at its 119th Plenary Session, Venice, 21-22 June 2019.

CDL-AD (2019)015-e Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, adopted by the Venice Commission at its 119th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2019) and endorsed by the Committee of Ministers on 5 February 2020.

CDL-AD(2020)018-e Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights, adopted by the Venice Commission at its 124th Plenary Session (Online, 8-9 October 2020).

CDL-AD(2020)032, Guidelines on political party regulation Second edition. Approved by the Council of Democratic Elections at its 69th online meeting (7 October 2020) and Adopted by the Venice Commission at its 125th online Plenary Session (11-12 December 2020).

CDL-AD(2022)015-e Revised Code of good practices on referendums. Approved by the Council for Democratic Elections at its 73rd meeting (Venice, 16 June 2022) and adopted by the Venice Commission at its 131st Plenary Session (Venice, 17-18 June 2022).

Abstract

La democrazia, secondo la Commissione di Venezia, è pluralista, costituzionale e rappresentativa. Queste caratteristiche evidenziano la sua piena compatibilità con lo Stato di diritto e ammettono la complementarietà del referendum. Questa caratterizzazione della democrazia si contrappone all'uso da parte dei populismi e degli autoritarismi elettivi contemporanei di alternative antipluraliste e illimitate della democrazia, che tendono a esaltare la democrazia diretta così come la regola della maggioranza. All'interno di questi parametri, spetta ai sistemi costituzionali na-

zionali concretizzare le istituzioni democratiche e rappresentative in conformità alla propria identità e tradizione costituzionale.

Democracy, according to the Venice Commission, is pluralist, constitutional and representative. These characteristics emphasise its full compatibility with the rule of law and admit the complementarity of the referendum. This characterisation of democracy contrasts with the use by contemporary populism and elective authoritarianism of anti-pluralist and unlimited alternatives to democracy, which tend to exalt direct democracy and majority rule. Within this framework, it is up to national constitutional systems to concretise democratic and representative institutions in accordance with their constitutional identity and tradition.

ELENA FERIOLI

DEMOCRAZIE TOLLERANTI
E TUTELA DELL'OPPOSIZIONE PARLAMENTARE:
IL CONTRIBUTO DELLA COMMISSIONE DI VENEZIA

SOMMARIO: 1. Premessa: la geometria degli interventi della Commissione di Venezia sull'opposizione politica. – 2. Gli indirizzi specificamente rivolti all'opposizione parlamentare: metodo, finalità e oggetto. – 2.1. (*Segue*): i compiti dell'opposizione parlamentare e la forma delle sue garanzie. – 2.2. (*Segue*): la partecipazione dell'opposizione parlamentare ai procedimenti decisionali e a quelli di indirizzo. – 3. Conclusione: la tutela di una 'responsabile' opposizione parlamentare come antidoto alla degenerazione delle democrazie contemporanee.

1. *Premessa: la geometria degli interventi della Commissione di Venezia sull'opposizione politica*

Alla fine degli anni Novanta del secolo scorso mi sono avvicinata ai lavori della Commissione di Venezia (da qui Commissione), al tempo reperibili solo in formato cartaceo. Da allora, essi rappresentano uno strumento fondamentale per conoscere e trasmettere il diritto costituzionale attraverso una lettura comparativa di molti fenomeni giuridici contemporanei.

Sono grata alla Rivista per avere coltivato il progetto di un fascicolo dedicato a un organo di indubbia autorevolezza e relativa notorietà. Ho scelto di analizzare gli orientamenti della Commissione sulle dinamiche dell'opposizione politica, con particolare attenzione alla tutela dell'opposizione parlamentare: in una fase di generalizzato rafforzamento degli esecutivi nazionali e della loro rapidità decisionale, appare opportuna una riflessione compensativa sui meccanismi idonei a presidiare una nozione sostanziale di democrazia basata, piuttosto, sull'effettivo equilibrio fra potere esecutivo e potere legislativo.

Il consolidamento di un modello statale democratico-pluralista costituisce uno dei principali obiettivi del Consiglio d'Europa (da

qui CoE) e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da qui ECHR)¹. Come illustrato in altre sezioni di questo volume, la Commissione nasce dunque con un duplice intento: da un lato, quello di fornire agli ordinamenti statali derivanti dalla dissoluzione dell'URSS un qualificato supporto nella transizione costituzionale da forme di stato non liberali a forme liberal-democratiche; dall'altro, quello di standardizzare anche negli ordinamenti c.d. occidentali alcuni dei principali parametri del costituzionalismo europeo liberal-democratico diffusamente affermatosi solo dopo la fine del secondo conflitto mondiale².

Infatti, la negazione strategica di spazi garantiti allo svolgimento di fisiologiche attività oppositorie ha contraddistinto le prime teorie democratiche della sovranità³. Nel costituzionalismo li-

¹ Nella risoluzione politica adottata dal Congresso d'Europa svoltosi nel maggio 1948 si legge «*the resultant Union or Federation should be open to all European nation democratically governed and which undertake to respect a Charter of Human Rights [...] in no circumstances shall a state be entitled to be call a democracy unless it does in fact, as well as in law, guarantee to its citizens liberty of thought, assembly and expression as well as the right to form a political opposition*». I termini *democracy* e *democratic society* ricorrono sia nello Statuto del CoE che nella ECHR, seppur privi di un'espressa definizione; sulla loro centralità nel patrimonio costituzionale europeo cfr. A. La Pergola, *Exposé introductif sur le patrimoine constitutionnel européen*, in *Le «patrimoine constitutionnel européen*, Actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996 en coopération avec le Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques, 2 ss., G. Buquicchio, P. Garrone, *Vers un espace constitutionnel commun - Le rôle de la Commission de Venise*, in B. Haller e altri (a cura di), *Law in Greater Europe*, Kluwer, 2000, 3 ss., G. Malinverni, *La réconciliation à travers l'assistance constitutionnelle aux Pays d'Europe de l'Est: le rôle de la Commission de Venise*, in *Les cahiers de la paix*, 10/2004, 207 ss. e S. Granata-Menghini, *La Commission de Venise du Conseil de l'Europe: méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2017/2, 69 ss.

² La precoce esperienza britannica dell'istituzionalizzazione di un confronto fra maggioranza governativa e opposizione parlamentare è una rarità del parlamentarismo europeo: peraltro, essa ha avuto natura consuetudinaria sino al 1937 ed è servita a compensare gli effetti del sistema elettorale maggioritario a turno unico (cfr. G. de Vergottini, *Lo Shadow Cabinet. Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milano, 1973, V. Casamassima, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, 2013 e A. Kaiser, *Parliamentary Opposition in Westminster Democracies: Britain, Canada, Australia and New Zealand*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1-2/2008, 20 ss.).

³ Con l'eccezione della visione lockiana del diritto di resistenza esercitabile dalla maggioranza dei consociati nei confronti di un potere legislativo formalmente ostile ai diritti dei cittadini o di un potere esecutivo maldisposto verso le funzioni di indirizzo

berale e in varie coeve dottrine filosofico-politiche, impegnati nel percorso di emancipazione del potere politico da ancoraggi trascendenti e nell'individuazione di canali di legittimazione del potere statale unitariamente espressivi della neonata sovranità popolare, il principio maggioritario sembrava sufficiente ad assicurare governi democratici⁴.

Tutto cambia con la progressiva estensione del suffragio e la parallela affermazione di soggetti politici capaci di esprimere progetti di società diversificati. La concezione di una sovranità popolare indivisa da esercitare su basi esclusivamente quantitative viene affiancata da una declinazione qualitativa della sovranità, realizzabile solo attraverso il riconoscimento del principio pluralista⁵. E

e controllo del potere legislativo. Sulla continuità funzionale che lega la funzione di opposizione politica al diritto di resistenza v.: M. Bon Valvassina, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 531 ss.; A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006; S. Ciccanti, F. Ferroni, voce *Democrazie protette*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2015, 55 ss.; A. Gatti, *La democrazia che si difende*, Milano, 2023.

⁴ Cfr. almeno: G. Amato, *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1994, 171 ss.; A. Barbera, C. Fusaro, *Maggioranza (principio di)*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996; F. Galgano, *La forza del numero e la Legge della Ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2008; C. Caruso, *Majority*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2022, (sp. parr. 66-71 e 102-107).

⁵ La dottrina sulla genesi dell'opposizione politica e parlamentare è sconfinata. Dovendosi limitare a richiami esemplari cfr.: G. Burdeau, *L'evolution de la notion d'opposition*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, 123 ss.; R.A. Dahl, *Preface*, in R.A. Dahl (a cura di), *Political Opposition in Western Democracies*, New Heaven and London, 1966, XVI (uno dei pochi riferimenti bibliografici citato dalla stessa Commissione); G.J. Jr Graham, *Consensus e opposizione: una tipologia*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1971, I, 92 ss.; M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1973; G. de Vergottini, voce *Opposizione parlamentare*, in *Enc. dir.*, Milano, XXX, 1980, 533 ss.; S. Sicardi, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984; P. Laundy, *Parliaments in the Modern World*, Dartmouth, 1989 (uno dei pochi riferimenti bibliografici citato dalla stessa Commissione); A. Manzella, voce *Opposizione parlamentare*, in *Enc Giur*, XXI, Roma, 1990; A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993; L. Mezzetti, voce *Opposizione politica*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, vol. X, 1995, 349 ss.; A. Morrone, *Governo, opposizione, democrazia maggioritaria*, in *Il Mulino*, 4/2033, 637 ss.; O. Massari, voce *Opposizione*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquini (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2004, 640 ss.; C.M. Pimentel, *L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir*, in *Pouvoirs*, 2004, n. 108, 45 ss.; G. Rizzoni, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna, 2013; A. Abizadeh, *Counter-Majoritarian Democracy: Persistent Minorities, Federalism*

dunque «il connotato formale e procedurale espresso dalla forma rappresentativa delle decisioni politiche, pur essendo necessario, non è sufficiente», con la conseguenza che «perché un sistema sia democratico si richiede che alla maggioranza sia almeno sottratto il potere di sopprimere le minoranze e comunque il potere delle possibili future maggioranze»⁶. Si apre così un periodo di fruttuosa convivenza fra le componenti democratica e liberale della democrazia costituzionale: un risultato che ha consentito per vari decenni alle democrazie occidentali di costituire un «modello vincente da esportare in altre aree del globo al termine dei regimi autoritari e socialisti e che è riflesso nei requisiti della condizionalità democratica europea»⁷.

Quale ruolo hanno svolto i meccanismi giuridici di tutela dell'opposizione politica nella promozione di uno stabile equilibrio fra liberalismo e democrazia? Qui si intende dimostrare che si è trattato di un ruolo determinante, di cui la Commissione si è fatta interprete attraverso una sistematica gamma di interventi divenuti particolarmente intensi da quando il disallineamento fra liberalismo e democrazia è risultato strumentale alla sperimentazione di forme di costituzionalismo alternative al modello accolto nel secondo dopoguerra (e variamente etichettate come 'autoritarie', 'populiste' o 'illiberali')⁸.

and the Power of Numbers, in *American Political Science Review*, 2021, 115.3, 742 ss. Per uno sguardo alle esperienze transnazionali cfr. L. Helms, *Parliamentary Opposition and its Alternatives in a Transnational Regime: the European Union in Perspective*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2/2008, 212 ss e C. Karlsson, T. Persson, *The Alleged Opposition Deficit in European Union Politics: Myth or Reality*, in *Journal of Common Market Studies*, 4/2018, 888 ss.

⁶ L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, in *Revus*, 18/2012, par. 14. Nella stessa sede l'Autore sottolinea come questa nuova declinazione della democrazia vada oltre il semplice potere popolare di autogoverno mediante i diritti politici, per includere «l'insieme di quei poteri che sono i diritti civili e di quei contro-poteri che sono i diritti di libertà e i diritti sociali cui tutti i poteri, inclusi quelli di maggioranza, sono sottoposti» (par. 38).

⁷ A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini 'democrazia' e 'costituzionalismo'*, in *DPCE-online*, 3/2020, 3927. Gli equivoci rapporti fra ideale liberale e ideale democratico sono persuasivamente raffigurati da G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, sp. 226 ss. Per ulteriori riflessioni della dottrina italiana sulle cause del deterioramento democratico cfr. L. Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in *DPCE*, numero speciale 2019, 421 ss.

⁸ In proposito si rinvia al fascicolo 3/2022 *Quali costituzionalismi?* di questa *Rivista*.

Ciò è testimoniato da uno spettro di documenti tanto ampio nella forma quanto nel contenuto. Dal punto di vista formale, il tema viene affrontato sia mediante pareri su specifiche legislazioni nazionali (attivabili su richiesta delle istituzioni nazionali o di altri organi del CoE), sia attraverso studi di carattere comparativo finalizzati al periodico aggiornamento degli standard da diffondere fra gli stati membri. Senza dubbio, l'alternanza fra momenti di analisi e momenti di sintesi facilita la completezza metodologica delle indagini dei commissari⁹.

Dal punto di vista sostanziale, ogni gesto di salvaguardia del pluralismo politico può intendersi come sintomo di una vocazione anti-maggioritaria. Ragionando in questi termini, possiamo idealmente ricondurre al patrocinio dell'opposizione politica tre settori di intervento: la tutela della formazione di una rappresentanza politica plurale e di pubbliche manifestazioni di pensieri difforni da quelli governativi, la difesa di assetti istituzionali idonei alla convivenza di identità politiche differenziate e, infine, le garanzie procedurali del dissenso politico in occasione dell'esercizio di funzioni istituzionali¹⁰.

⁹ Merita rammentare che la stessa procedura di elaborazione delle *opinions* si contraddistingue per la costante ricerca di un dialogo inclusivo con tutti i soggetti nazionali portatori di interessi legati al tema oggetto del parere (cfr. *Revised rules of procedures* CDL-AD (2023)013).

¹⁰ In relazione al primo settore, i documenti di maggiore rilevanza fra quelli di carattere generale sono: CDL-PI (2022)049, *Compilation on the Protection of National Minorities*; CDL-PI (2021)016, *Compilation concerning Political Parties*; CDL-AD (2020)023, *Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe*; CDL-AD (2020)025, *Report on Election Dispute Resolution*; CDL-AD (2020)032, *Guidelines on political Parties Regulation*; CDL-PI (2019)001, *Compilation concerning Electoral Systems*; CDL-PI (2018)004, *Compilation concerning Thresholds which bar Parties from access to Parliament*; CDL-AD (2017)034, *Report on Constituency Delineation and Seat Allocation*; CDL-PI (2014)003, *Compilation concerning the Freedom of Assembly*; CDL-PI (2014)004, *Compilation concerning the Freedom of Association*; CDL-AD (2009)021, *Code of Good Practice in the field of Political Parties*; CDL-AD (2006)025, *Report on the Participation of Political Parties in Elections*; CDL-AD (2004)003, *Report on Electoral Systems: overview of available solutions and selection criteria*; CDL-INF (2000)1, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of political Parties and Analogous Measures*. Con riferimento al secondo settore, v. soprattutto: CDL-PI (2024)001, *Compilation concerning Bicameralism*; CDL-PI (2023)012, *Updated Compilation concerning Constitutional Provisions for Amending the Constitution*; CDL-PI (2023)018, *Compilation relating to Qualified Majorities and Anti-Deadlock mechanisms*; CDL-PI (2022)027, *Compilation concerning Referendums*; CDL-PI (2021)003, *Compilation on Law-making Procedures and the Quality of Law*; CDL-PI (2020)012, *Compilation concerning Separation of Powers*; CDL-AD

2. *Gli indirizzi specificamente rivolti all'opposizione parlamentare: metodo, finalità e oggetto*

La sollecitudine per l'opposizione parlamentare è abbastanza recente e si ispira alla risoluzione n. 1601/2008 dell'Assemblea parlamentare del CoE *Procedural guidelines on the rights and responsibilities of the opposition in a democratic parliament*, dove l'esistenza di un sano antagonismo politico all'interno e all'esterno del parlamento è qualificata come elemento essenziale della democrazia. Sino a quel momento, la Commissione aveva direttamente affrontato il tema solo nel 2007 in occasione di un parere su di un progetto di legge ucraino; mentre erano già state numerose le opportunità di commentare temi limitrofi quali i sistemi elettorali, la disciplina della libertà di associazione e dei partiti politici, le procedure di revisione costituzionale e le immunità parlamentari.

I documenti da prendere in considerazione sono il *Report* del 2010 e la *Checklist* del 2019. Entrambi seguono il perimetro investigativo suggerito dall'Assemblea parlamentare, ossia le dinamiche parlamentari nazionali dei sistemi politici in cui è possibile un'alternanza al governo fra soggetti politici diversi (secondo il c.d. modello oppositorio conflittuale con alternanza, distinto dai modelli conflittuali senza alternanza e da quelli compromissori). Ed entrambi si soffermano sulla natura e sui compiti dell'opposizione parlamentare, sulla tipologia delle sue regole organizzative, sugli strumenti parlamentari che direttamente o indirettamente ne garantiscono l'efficacia, sulle responsabilità istituzionali che accompagnano il riconoscimento del diritto a esercitare funzioni competitive e di controllo nei confronti della maggioranza di governo.

Al di là di un tendenziale allineamento contenutistico, fra i due interventi esistono tre divergenze. La prima riguarda il tono narrativo delle osservazioni. Se ai tempi del *Report* emerge soddisfazione per le prestazioni democratiche degli stati membri («*Democracy is*

(2019)007, *Report on Term-Limits - Part II - Members of Parliament and Part III - Representatives elected at Sub-National and Local Level*; CDL-AD (2018)010, *Report on Term-Limits- Part I - Presidents*; CDL-AD (2016)007, *Rule of Law Checklist*; CDL-AD (2011)003, *Report on the Rule of Law*. Per puntuali considerazioni sull'opposizione parlamentare si vedano CDL-AD (2019)015, *Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy* e CDL-AD (2010)025, *Report on the Role of the Opposition in a Democratic Parliament*.

today stronger in Europe than ever before in history [...] From a political point of view Europe has reached a reasonably advanced stage of democratic development. From a legal point of view basic democratic principles are fairly well protected both in the national constitutions and in the common European legal systems, such as the ECHR and EU law», par. 159), nella *Checklist* viene riconosciuta la criticità dei rapporti fra maggioranze governative e opposizione politiche emersa nella seconda decade del secolo in corso («*The 2010 Report was still optimistic when stating that 'democracy is today stronger in Europe than ever before in history' since it may be that this is not the case anymore, as demonstrated by more tense relations between the majority and the oppositions»*, par. 2). La seconda investe la strategia operativa della Commissione nel 2019: non più uno statico resoconto di quanto registrato nella fase ascendente delle transizioni democratiche europee, bensì un test funzionale alla sistematica verifica delle prestazioni democratiche degli ordinamenti nazionali a prescindere dalla maturità della loro cultura pluralistica (nel par. 9 si precisa che il documento è indirizzato sia alle *vulnerable democracies* che alle *established democracies*). La terza tocca il profilo argomentativo: solo nel 2019 i commissari raffigurano espressamente le limitazioni della maggioranza governativa come strumento di attuazione dei principi cardine delle democrazie costituzionali (parr. 20-29).

Nel complesso, la combinata lettura dei due testi evidenzia i seguenti esiti. Il metodo adottato è volutamente didascalico perché teso a illustrare in termini empirici cosa dovrebbe e non dovrebbe farsi per supportare la vitalità dell'opposizione parlamentare all'interno degli ordinamenti statali membri del CoE. La finalità di una costante limitazione delle maggioranze governative nazionali si inserisce nel progetto europeo di salvaguardia dei principi del pluralismo, della separazione dei poteri, di leale collaborazione fra i poteri statali, di solidarietà politica fra i soggetti che rappresentano il corpo elettorale all'interno delle istituzioni, della possibile alternanza nelle funzioni governative di attori politici che promuovono progetti di società fra loro antagonisti e della necessaria efficienza dei processi di indirizzo politico. L'oggetto è identificato in termini approssimativi per via della molteplicità delle forme di governo e dei sistemi elettorali adottati nei paesi membri: in ogni modo, quale che sia la geometria del sistema politico nazionale, beneficiano delle

garanzie raccomandate dalla Commissione i gruppi parlamentari che non appartengono alla maggioranza di governo¹¹.

2.1. (*Segue*): *i compiti dell'opposizione parlamentare e la forma delle sue garanzie*

In virtù del principio maggioritario, cui resta affidata buona parte dei procedimenti decisionali delle assemblee, l'opposizione parlamentare non è responsabile della produzione delle norme giuridiche necessarie all'attuazione degli indirizzi governativi. I suoi compiti saranno piuttosto quelli di offrire alternative politiche ai progetti dei partiti di governo, di stimolare la completezza e il contraddittorio dei dibattiti parlamentari, di vigilare sul corretto esercizio delle funzioni di indirizzo da parte della maggioranza e di concorrere alla formulazione delle scelte riservate dai costituenti nazionali a maggioranze qualificate che richiedono un consenso parlamentare più ampio di quello governativo.

Lo svolgimento di tali compiti va garantito per mezzo di regole difficilmente alterabili a discrezione di transeunti maggioranze governative. Conscia del fatto che un eccessivo irrigidimento delle dinamiche fra maggioranza e opposizione potrebbe compromettere la funzionalità della forma di governo, la Commissione si limita a raccomandare la costituzionalizzazione delle tutele fondamentali (quali il principio di proporzionalità nella composizione di alcune articolazioni interne alle assemblee o la previsione di maggioranze assolute/qualificate per scelte istituzionali di particolare importanza), mentre ammette che la determinazione delle norme di dettaglio spetti a fonti sub-costituzionali (quali leggi organiche o regolamenti parlamentari approvati con maggioranze rinforzate e, possibilmente, assoggettabili al controllo di costituzionalità). Uno spazio prudente

¹¹ La distinzione fra opposizione come soggetto o come funzione è segnalata nella *Report* del 2010 (al par. 28, è scritto che i due concetti non sono necessariamente equivalenti poiché possono aversi sia casi in cui un gruppo parlamentare estraneo alla coalizione governativa supporta le delibere della maggioranza, sia casi in cui membri dei partiti di maggioranza dissentono dalle proposte governative). Sul punto cfr. G. de Vergottini, voce *Opposizione parlamentare*, in *Enc. dir.*, Milano, XXX, 1980, 533, dove risulta chiaro che per istituzionalizzazione dell'opposizione parlamentare deve intendersi una sua configurazione come «parte integrante e permanente delle soluzioni organizzative inserite nella Costituzione» evidenziata dalla previsione «in via consuetudinaria o formalizzata di regole attraverso cui la medesima può legittimamente e lecitamente esprimere il proprio disaccordo rispetto agli indirizzi maggioritari».

dovrebbe invece attribuirsi alle norme consuetudinarie e convenzionali, soprattutto quando risalgono a periodi in cui la comunicazione politica era lontana dalla strategia dell'insulto oggi radicata.

Quali che siano le forme assunte dalle discipline nazionali, la Commissione distingue le protezioni di cui gli attori dell'opposizione beneficiano per via della semplice applicazione del principio di eguaglianza fra i membri delle assemblee legislative (c.d. garanzie indirette) da quelle attribuite all'opposizione in quanto tale (c.d. garanzie dirette).

Rientrano nella categoria dei diritti tipici dello *status* di parlamentare la dichiarazione di appartenenza a uno specifico gruppo, il voto, l'iniziativa di progetti di legge o altre mozioni, la facoltà di intervento nei dibattiti, la facoltà di rivolgere interrogazioni orali o scritte al governo, la partecipazione alle commissioni permanenti o temporanee, il diritto all'informazione sull'esercizio delle funzioni governative, le immunità parlamentari e la libertà di mandato. La Commissione esprime un generico apprezzamento per la tutela delle funzioni parlamentari *tout court* predisposte dalle democrazie europee e si attarda su due sole questioni. Una concerne i requisiti per la formazione dei gruppi parlamentari, vale a dire l'unità organizzativa titolare dei diritti e doveri previsti dalle procedure parlamentari dei singoli ordinamenti: è infatti ovvio che, quanto più sarà alto il numero minimo di adesioni richiesto per la loro formazione, tanto più sarà difficile che identità politiche minoritarie riescano a costituire un gruppo e quindi a esercitare una serie di funzioni¹².

Un'altra riguarda la libertà di mandato dei singoli parlamentari, materializzata dalla possibilità di esprimere voti disallineati da quelli della fazione di appartenenza e di modificare il gruppo di riferimento senza conseguenze interruttrive del mandato: se il dissenso su singole deliberazioni è tendenzialmente ammesso dagli ordinamenti nazionali (e può comunque essere mimetizzato dalla previsione di votazioni a scrutinio segreto in particolari circostanze), l'abbandono del gruppo di appartenenza è invece talvolta sanzionato tramite la

¹² La Commissione segnala l'effetto di tali soglie sul pluralismo politico delle assemblee legislative, ammettendo l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento statale e raccomandando l'ammissione di gruppi misti e indipendenti (anche nell'ottica di consentire alleanze trasversali fra parlamentari che condividono identità diverse dall'affiliazione partitica come genere, religione o etnia (cfr. CDL-AD (2019)015, cit., parr. 43-49 e CDL-AD (2010)025, cit., parr. 62.64).

cessazione del mandato parlamentare. Su quest'ultimo punto, l'orientamento della Commissione denota una percettibile differenza fra i due documenti. Invero, nel *Report* del 2010 l'automatica decadenza dal mandato per l'abbandono della fazione di appartenenza al momento dell'elezione è considerata contraria al prevalente principio del *free and independent mandate*; mentre nella *Checklist* del 2019 si avverte che l'eventuale abuso delle *cross-party defections* potrebbe giustificare misure preventive di vario genere, poiché trasfigura il mandato espresso dal corpo elettorale e compromette la stabilità degli equilibri parlamentari fra maggioranza e opposizione¹³.

2.2. (Segue): la partecipazione dell'opposizione parlamentare ai procedimenti decisionali e a quelli di indirizzo

Le garanzie attribuite all'opposizione parlamentare in quanto tale sono poche. Ciò è principalmente dovuto alla difficoltà di individuare un soggetto unitario che, nel corso di ciascuna legislatura, si impegni nella sistematica attuazione della missione oppositiva. Di conseguenza, nella maggior parte dei sistemi parlamentari la disomogeneità identitaria dei gruppi parlamentari esclusi dalle responsabilità governative impedisce di assegnare la qualifica di opposizione ad un preciso gruppo politico, ferma restando la possibilità di riconoscere determinate garanzie funzionali ai soggetti parlamentari che intendono ricoprire un ruolo contraddittorio nei confronti del governo¹⁴.

Benché lo schema descrittivo utilizzato dalla Commissione sia privo di simmetria logico-strutturale – per via della diversa natura dei documenti qui indagati e magari anche per le diverse sensibilità scientifiche degli esperti coinvolti – la sostanza del messaggio può

¹³ Cfr. rispettivamente CDL-AD (2010)025, cit., par. 59-60 e CDL-AD (2019)015, cit., par. 51-59 (dove si raccomanda l'adozione di criteri rigorosi anche nelle procedure parlamentari di interruzione del mandato per ragioni derivanti da situazioni di incompatibilità o di responsabilità giuridica penale dei membri delle assemblee). V. inoltre CDL-AD (2009)027, *Report on the imperative mandate and similar practices*, sp. par. 33-39. Sul principio del libero mandato come presidio del parlamentarismo democratico v. N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare*, Milano, 1991, passim e P. Rìdola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, sp. 86 ss.

¹⁴ Cfr. CDL-AD (2010)025, cit., par. 77-86, sulla scia di quanto già affermato in CDL-AD (2007)019, *Opinion on the Draft Law on the Parliamentary Opposition in Ukraine* (che portò all'abbandono del progetto). La ritrosia nella definizione costituzionale del termine 'opposizione' sembra superata in alcune recenti costituzioni extra-europee di influenza britannica, come ricordato da Y.L. Citino, *Borrowing Constitutional Provisions Regarding Parliamentary Opposition?*, in questa *Rivista*, 1/2021, 73 ss.

essere agevolmente articolata su due traiettorie: quella delle garanzie nei processi deliberativi e quella delle garanzie nei processi di controllo.

Per quanto riguarda i circuiti deliberativi, il ruolo dell'opposizione può essere valorizzato in vari momenti. Il primo è la programmazione dei lavori assembleari o di commissione, mediante la facoltà di iniziativa legislativa dei singoli parlamentari, un moderato utilizzo dello spazio riservato alle iniziative legislative governative e, soprattutto, l'adozione di procedure parlamentari di definizione dell'agenda in grado di tenere conto delle richieste dei gruppi di minoranza. Il secondo è lo svolgimento dei dibattiti in aula, dove i tempi di parola andrebbero rigorosamente distribuiti in base al criterio di proporzionalità o potrebbero addirittura favorire gli interventi dell'opposizione in determinate circostanze. Il terzo riguarda il diritto di presentare emendamenti ai progetti governativi; si tratta di un aspetto delicato, sia perché sono numerosi gli ordinamenti che minimizzano i margini di modifica delle leggi di bilancio e dei provvedimenti ad esse strettamente collegati, sia perché stanno aumentando i sistemi in cui l'esecutivo può imporre procedure di 'voto bloccato' che travolgono gli spazi emendativi dell'opposizione¹⁵.

Esiste poi la possibilità di supportare il dissenso politico con la previsione di maggioranze qualificate o di minoranze qualificate. L'utilizzo delle prime fa sì che le decisioni dotate di eccezionale spessore siano assunte solo a fronte di un consenso parlamentare equivalente, come minimo, alla maggioranza assoluta dei membri dell'organo, assegnando all'opposizione il potere di ostacolare la volontà degli esecutivi fondati su fiducie di entità relativa; ne sono un classico esempio le procedure di revisione costituzionale, l'adozione di leggi organiche o rinforzate, l'elezione parlamentare dei capi di stato e la loro messa in stato di accusa, la scelta dei giudici costituzionali e dei membri di altri organi di garanzia, l'approvazione e la modifica dei regolamenti parlamentari¹⁶.

¹⁵ L'intensità degli scudi procedurali offerti alle leggi tipicamente espressione dell'indirizzo governativo dipende dalla forma di governo e appare esuberante nel modello francese (cfr. S. Ceccanti, *Lo statuto dell'opposizione in Francia per una nuova valorizzazione del Parlamento*, in *Federalismi.it*, 2/2009, 1 ss., J.P. Derosier (a cura di), *L'opposition politique*, Paris, 2016 e P. Brunet in questo fascicolo, 447 ss.

¹⁶ Va da sé che l'impatto garantista delle maggioranze qualificate dipende dal sistema elettorale e dalla fisionomia politica nazionali; perciò la Commissione ne racco-

Il riconoscimento di diritti di iniziativa a minoranze qualificate permette invece all'opposizione politica di esprimersi con interventi attivi che superano il mero dissenso deliberativo e si realizzano prevalentemente nei circuiti parlamentari di controllo. Ove presenti, assumono le forme delle interpellanze o delle interrogazioni, oppure della presentazione di mozioni di indirizzo e della richiesta di chiusura dei dibattiti¹⁷. Tuttavia, come puntualizzato dalla Commissione, nei sistemi parlamentari di stampo 'tradizionale' le funzioni di controllo sono per lo più fondate su valutazioni maggioritarie che paradossalmente affidano alle stesse coalizioni governative la facoltà di neutralizzare le virtù anti-maggioritarie dei meccanismi di controllo. Ecco la ragione per cui diventa essenziale rafforzare i diritti procedurali di minoranze qualificate nella promozione di inchieste, nella sollecitazione di approfondimenti informativi da parte del governo o nella programmazione di audizioni di esperti durante l'istruttoria di progetti legislativi di particolare importanza¹⁸.

manda una disciplina avveduta e flessibile, onde evitare l'abuso da parte di coalizioni governative di straordinaria estensione per cementificare le proprie preferenze e ostacolare una concreta possibilità di alternanza nel dominio dell'indirizzo politico (CDL-AD (2019)015, cit., par. 114). L'esigenza di alimentare il pregio democratico di un *cross-party consensus* in occasione della nomina/elezione dei membri dei principali organi di garanzia spicca soprattutto nel 2019, quando la strategia iper-maggioritaria di alcuni ordinamenti europei ed extra-europei aveva indotto una sistematica riduzione del pluralismo compositivo e funzionale di tali organi (*ex multis* v.: L.A. Thio, *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in M. Rosenfeld, A. Sajò (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, 133 ss.; D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis L. Rev.*, vol. 47, 2013, 189 ss.; C. Pinelli, *Illiberal regimes in the perspective of comparative constitutionalism*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2017; J.M. Castellà Andreu, M.A. Simonelli (a cura di), *Populism and Contemporary Democracy in Europe. Old Problems and New Challenges*, London, 2022, sp. 256 ss.). Le strade utili al raggiungimento di equi compromessi fra maggioranza e opposizione sono raffigurate in CDL-PI (2023)018, *Compilation relating to Qualified Majorities and Anti-Deadlock mechanisms*.

¹⁷ Per una panoramica degli strumenti in parola v.: A. Vermeule, *Submajority Rules: Forcing Accountability upon Majorities*, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, 2005, 74 ss.; R. Grote, *Parliamentary Systems*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2016; E. Griglio, *Parliamentary Oversight of the Executives*, Oxford, 2020.

¹⁸ La Commissione incoraggia una disciplina 'inclusiva' delle inchieste parlamentari sia nella fase dell'avvio che in quella della definizione dei relativi poteri, felicitandosi della progressiva diffusione del modello tedesco in Finlandia, Grecia, Norvegia e Portogallo (sp. CDL-AD (2010)025, cit., par. 119-124 e CDL-AD (2019)015, cit., par. 131-138). Una decisa attenzione va rivolta anche all'esigenza di estendere il diritto di informazione delle minoranze parlamentari ben oltre gli ordinari strumenti del

E nemmeno possono trascurarsi le garanzie di accesso al sindacato di costituzionalità preventivo su leggi o altre fonti primarie da parte dell'opposizione parlamentare, già accolte in vari ordinamenti. La Commissione esprime inequivoco favore verso la legittimazione di minoranze qualificate (corrispondenti ad un terzo, un quarto o un quinto dei membri di una camera) al coinvolgimento di organi *super partes* nell'analisi della compatibilità costituzionale e convenzionale delle iniziative promosse dalla maggioranza governativa; cosa che conferma una profonda fiducia nel ruolo arbitrale svolto dagli organi di giustizia costituzionale a fronte dei conflitti politici più divisivi¹⁹.

Un discorso a parte meriterebbero gli spazi di intervento dell'opposizione parlamentare sugli atti normativi del governo di natura ordinaria e straordinaria. Le osservazioni della Commissione sul punto fanno inevitabile rinvio ai peculiari equilibri delle singole forme di governo e alle previsioni costituzionali in tema di emergenza; vista l'entità recentemente assunta da questo genere di fonti a livello globale, il tema rientra nel campo di indagine di altro studio di questo fascicolo²⁰.

3. *Conclusioni: la tutela di una 'responsabile' opposizione parlamentare come antidoto alla degenerazione delle democrazie contemporanee*

L'orientamento complessivo della Commissione sul ruolo dell'opposizione politica è del tutto coerente con gli obiettivi che giustificano la stessa esistenza del CoE e dei suoi organi ausiliari: con-

question time e degli obblighi informativi dell'esecutivo (CDL-AD (2019)015, cit., parr.122-127); difatti, l'oscurità degli indirizzi governativi può tradursi nel boicottaggio delle attività degli avversari.

¹⁹ V. CDL-AD (2010)025, cit., parr. 131-134 e CDL-AD (2019)015, cit., par. 117. Il tema è affrontato anche in altri documenti della Commissione, fra cui CDL-PI (2022)050 in materia di giustizia costituzionale. Per un quadro comparativo è utile il Dossier del Servizio studi della Corte costituzionale italiana *Irregolarità nel procedimento legislativo e potere di ricorso alla giurisdizione costituzionale da parte delle minoranze parlamentari*, 2019. Per riflessioni di più ampio respiro sul complesso rapporto fra rappresentanza e istituzioni non-maggioritarie cfr. M. Bovens, T. Schillemans, *Non-Majoritarian Institution and Representation*, in R. Rohrschneider, J. Thomassen (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, OUP, 2020, 511 ss.

²⁰ Cfr. V. Piergigli, 423 ss.

solidare il percorso di democraticizzazione (ri)avviato nel secondo dopoguerra identificando una serie di standard giuridici in base ai quali stimolare le convergenze costituzionali fra paesi membri e così prevenire la rivitalizzazione di ideologie nazionaliste²¹.

Simile percorso può realizzarsi solo attraverso una capillare e costante difesa del pluralismo politico. Capillare nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero e di critica tanto all'interno delle istituzioni, quanto negli spazi pubblici extra-istituzionali²². Costante nella predisposizione di ragionevoli contrappesi alle pulsioni iper-maggioritarie che talvolta avallano revisioni costituzionali e/o legislative in cui il pluralismo appare sacrificato in nome della c.d. governabilità.

Uno degli aspetti più convincenti del contributo della Commissione è la distanza da improprie esaltazioni del dissenso in quanto tale, sul presupposto che solo un esercizio responsabile e costruttivo della funzione di opposizione possa favorire il buon andamento del circuito rappresentativo. Di conseguenza, un sottinteso principio di 'leale collaborazione' postula che i doveri dell'opposizione includano la partecipazione attiva ai lavori parlamentari e l'astensione da accanimenti ostruzionistici tali da impedire il corretto svolgimento dei lavori medesimi²³. Nella *Checklist* del 2019, il medesimo con-

²¹ In proposito: B. Wassenberger, *Histoire du Conseil de l'Europe*, edito dal Conseil de l'Europe, 2013; V. Volpe, *Drafting Counter-majoritarian Democracy. The Venice Commission's Constitutional Assistance*, in *Heidelberg Journal for International Law*, 2016, 811 ss.; C. Grabenwarter, *Constitutional Resilience*, in *Verfassungsblog on Constitutional Matters*, 6 December 2018; V. Martin, *La contribution de la Commission de Venise à la formation de standards constitutionnels mondiaux: vers un espace constitutionnel global?*, in M. Disant, G. Lewkowicz, P. Turk (a cura di), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, 2018, 79 ss.; S. Bartole, *The Internationalization of Constitutional Law: A View from the Venice Commission*, London, 2020; S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar (a cura di), *Venice Commission-Thirty Year Quest for Democracy through Law/trente ans à la recherche de la démocratie par le droit*, CDL-PI (2020)013.

²² In linea con le risalenti suggestioni di R.A. Dahl, *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Heaven e London, 1971 (trad. it. 1981), sp. 27 ss., secondo il quale il fatto che il principio di maggioranza debba essere limitato dal rispetto delle minoranze fa sì che nelle democrazie contemporanee il catalogo delle libertà politiche comprende non solo il diritto di voto ma anche il diritto di opposizione inteso sia come possibilità di un diffuso dissenso individuale alle politiche governative sia come diritto delle minoranze parlamentari di aggregarsi nello svolgimento della propria funzione di critica verso le politiche governative.

²³ L'idea che tutti i partiti rappresentati in parlamento condividano una «*moral and political responsibility [...] to contribute constructively and loyally to the political*

cetto viene riformulato nei termini di un generale principio di 'solidarietà politica' e inserito fra i principi cui devono improntarsi i rapporti fra maggioranza e opposizione al fine di preservare reali equilibri democratici nelle istituzioni e nella pubblica opinione²⁴.

Bisogna ammettere che le dinamiche del costituzionalismo contemporaneo sembrano ostili alla prospettiva di un dialogo politico tollerante e rispettoso. In parte per il depotenziamento di alcuni itinerari di garanzia in sistemi già democratici, in parte a causa dell'evidente rallentamento della forza espansiva del supposto costituzionalismo globale di matrice 'occidentale'²⁵. A ciò si aggiunge la circostanza per cui il ruolo dell'opposizione parlamentare risulta involontariamente disattivato dal ricorso a coalizioni governative talmente estese da impedire una differenziazione fra gruppi di maggioranza e di minoranza²⁶.

Ci si deve comunque augurare che la sponsorizzazione del pluralismo politico intrapresa dalla Commissione sia duratura e tragga beneficio da sapienti sinergie con organi dotati di poteri vincolanti quali ad esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷. E che non

processes» è argomentata in CDL-AD (2010)025, cit., parr. 146-158, come pure in vari passaggi di CDL-AD (2009)021, *Code of Good Practice in the field of Political Parties*, di CDL-AD (2020)032, *Guidelines on political Parties Regulation* e di CDL-PI (2021)016, *Compilation concerning Political Parties*.

²⁴ CDL-AD (2019)015, cit., parr. 20-29. Come si evince dalle precedenti pagine di questo studio, gli altri principi sono il pluralismo, i controlli reciproci e la leale collaborazione fra diversi poteri statali, la possibilità di alternanza nelle funzioni di governo, l'effettivo funzionamento dei circuiti deliberativi.

²⁵ V.: A. Peters, *Le constitutionnalisme global: Crise ou consolidation?*, in *Jus Politicum*, 19/2018, 59 ss.; R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018, sp. 908; L. Melica, *Isotopia e distinzioni tra il vecchio e il nuovo: costituzionalismo liberaldemocratico e 'costituzionalismo' autoritario*, in *Scritti in onore di G.F. Ferrari*, Milano, 2024. Per un maggiore ottimismo sulla persistente circolazione del costituzionalismo garantista cfr. P. Craig, *Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy*, in *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, vol. 2, 2017, 57-85.

²⁶ Sul fenomeno delle grandi coalizioni cfr. W. Jacoby, *Grand Coalitions and Democratic Dysfunction*, in *Government and Opposition*, vol. 52, 2/2017, 329 ss. e U. Haider-Quercia, *La forma di governo della grande coalizione*, Milano, 2019. Anche nel parlamentarismo maggioritario possono aversi circostanze consociative che privilegiano la logica partecipativa a quella alternativa per non emarginare eccessivamente il parlamento dalla funzione di indirizzo in casi di speciale rilevanza (cfr. G. Carboni, *L'inatteso e inopportuno ritorno delle maggioranze variabili*, in *Diritto e società*, 3/2007, 393 ss.).

²⁷ Nulla di eccentrico che proprio i diritti politici siano sinora stati il principale oggetto della collaborazione fra la Commissione e la Corte di Strasburgo (cfr. B. Cali,

di meno contribuisca alla definitiva affermazione di una interpretazione sostanziale della *Rule of Law*, concepita come strutturalmente connessa a un diritto costituzionale inclusivo e dialogico²⁸.

Abstract

Questo saggio analizza gli orientamenti della Commissione di Venezia sulle dinamiche dell'opposizione politica, con particolare attenzione alla tutela dell'opposizione parlamentare. L'obiettivo è dimostrare il crescente impegno della Commissione nella difesa del pluralismo politico istituzionale, sia attraverso l'individuazione degli strumenti parlamentari più efficaci che attraverso l'esplicito richiamo agli obblighi di solidarietà e leale collaborazione cui devono attenersi anche i partiti che non ricoprono responsabilità di governo.

This paper analyzes the Venice Commission's orientations on the dynamics of political opposition, with particular attention on the protection of parliamentary opposition. The aim is to demonstrate the Commission's growing commitment to the defense of institutional political pluralism, both through the identification of the most effective parliamentary tools and through the explicit reference to the obligations of solidarity and loyal collaboration which even parties that do not hold responsibilities of government must comply with.

Autocratic Strategies and the European Court of Human Rights, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2/2021, 11 ss.). Sulla fertilizzazione reciproca dei due organi cfr. S. Granata-Menghini, *Richiesta di opinioni amicus curiae da parte della Corte e anomalie procedurali (la Venice Commission)*, in *Questione giustizia*, numero speciale, 2019, 175 ss.

²⁸ In questo fascicolo il tema della Rule of Law è affrontato da F. Giovagnoli, 483 ss. e da A. Sanchez Navarro, 337 ss. Sulle ragioni della sua momentanea fragilità e sulle sue prospettive di rigenerazione cfr. K L Scheppele, L Pech, *What is Rule of Law Backsliding?* <https://verfassungsblog.de/what-is-rule-of-lawbacksliding/>, 2019; L. Pech, D. Kochenov, *Strengthening the Rule of Law within the European Union: Diagnoses, Recommendations, and What to Avoid*, RECONNECT Policy Brief 1/2019; H. Suchocka, *Are Venice Commission's standards on the Rule of Law still valid?*, in S. Granata-Menghini, Z. Caga Tanyar (a cura di), *Venice Commission - Thirty year quest for democracy though law*, cit., 641 ss.; I. Cameron, *The role of the Venice Commission in strengthening the Rule of Law*, in A. Bakardjieva Engelbrekt (a cura di), *Rule of Law in the EU: 30 Years After the Fall of the Berlin Wall*, Hart, 2021, 149 ss.; T. Markert, *The Venice Commission of the Council of Europe: form Advisory Body to Actor in the Defence of the Rule of Law and Democracy (1990-2022)*, in *Human Rights Journal*, vol. 42, 2022, 341 ss.; T.E. Frosini, *Introduzione*, in T.E. Frosini (a cura di), *Rule of Law come costituzionalismo*, Bologna, 2023, 7 ss.

TANIA GROPPI

LA COMMISSIONE DI VENEZIA
E L'AUTONOMIA LOCALE: UNA "PRIORITÀ"
ANCORA DA SVILUPPARE PIENAMENTE.
PRIME CONSIDERAZIONI

SOMMARIO: 1 L'autonomia locale nell'ambito del Consiglio d'Europa e nello statuto della Commissione di Venezia. – 2. I "clienti" della Commissione di Venezia: il limitato ruolo del Congresso dei poteri locali e regionali. – 3. I pareri della Commissione di Venezia sull'autonomia locale. – 4. La dichiarazione di Reykjavík e i possibili sviluppi.

1. *L'autonomia locale nell'ambito del Consiglio d'Europa e nello statuto della Commissione di Venezia*

La Commissione di Venezia, organo consultivo del Consiglio d'Europa fondato nel pieno delle transizioni democratiche post-1989, è andata negli anni acquisendo una vasta notorietà e riconoscimento, tanto all'interno come all'esterno del Consiglio d'Europa. Molteplici indicatori potrebbero essere richiamati in tale senso: non soltanto il numero e la rilevanza dei pareri che le vengono richiesti, oppure le domande di membership di vari paesi extraeuropei, ma soprattutto l'esecuzione delle sue *opinions* da parte degli Stati e le numerose citazioni ad opera di studiosi, legislatori, corti costituzionali e supreme. Benché manchino ricerche empiriche puntuali, la dottrina è unanime nel sottolineare che siamo di fronte a dati significativi, che testimoniano l'autorevolezza dell'organo¹.

La Commissione si erge così, ormai a molti decenni dalla sua fondazione, avvenuta nel 1990, come un pilastro di quei valori

¹ Sulla Commissione di Venezia, si vedano i numerosi studi che sono elencati nel sito della medesima, costantemente aggiornato: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Articles&lang=EN.

(Stato di diritto², democrazia, diritti umani)³ che connotano il Consiglio d'Europa, nonostante i limiti che derivano da alcuni aspetti del quadro normativo che la regge, in primis quanto alla sua composizione: benché la Commissione sia formata da esperti indipendenti, infatti, questi sono nominati direttamente dai governi, senza che sia previsto alcun filtro ulteriore, a differenza di quanto avviene ad esempio per la Corte europea dei diritti dell'uomo. La Commissione, anche grazie alla flessibilità delle sue procedure, all'intuito e alla capacità dei suoi vertici nel cogliere lo spirito del tempo, e soprattutto al livello tecnico-giuridico dei suoi pareri, ha mostrato una grande capacità di attraversare epoche assai diverse tra loro: essa è passata dal sostegno alle transizioni democratiche che ha caratterizzato la prima fase, alla resistenza contro le regressioni democratiche, che ormai da diversi anni ne connota l'attività⁴.

Le priorità della Commissione sono elencate nell'art.1, comma 2, del suo Statuto che, nel testo vigente, come revisionato nel 2002⁵, recita "The Commission shall give priority to work concerning: a. the constitutional, legislative and administrative principles and techniques which serve the efficiency of democratic institutions and their strengthening, as well as the principle of the rule of law; b. fundamental rights and freedoms, notably those that involve the participation of citizens in public life; c. the contribution of local and regional self-government to the enhancement of democracy". Il comma è rimasto pressoché immutato rispetto al testo originario del 1990⁶ e alla "Final declaration of the Conference: Democracy

² Utilizzo in questo testo, alternativamente, l'espressione italiana "Stato di diritto" e quella inglese "rule of law". Ho scelto di tradurre in italiano molti testi e documenti, per rendere più agevole la lettura dell'articolo, lasciando però in inglese quelli la cui traduzione, anche in virtù della loro lunghezza, si sarebbe potuta rivelare fuorviante. Tutte le traduzioni dall'inglese sono mie.

³ Statute of the Council of Europe (ETS No. 001).

⁴ Su queste diverse fasi della storia della Commissione v. S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law: A View from the Venice Commission*, London, Hart Publishing, 2020; R. Clayton, *The Venice Commission and the rule of law crisis*, in *Public Law*, 2019, 450 ss.

⁵ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Statute.

⁶ Così il testo originario: "The Commission shall give priority to work concerning: a. the constitutional, legislative and administrative principles and technique which serve the efficiency of democratic institutions and their strengthening, as well as the principle of the rule of law; b. the public rights and freedoms, notably those that involve the participation of citizens in the life of the institutions; c. the contribution of local and regional self-government to the development of democracy".

through Law” del 10 aprile 1989, atto iniziale del processo che ha portato alla creazione della Commissione⁷.

Pertanto, fin dagli albori, tra le priorità alle quali la Commissione è chiamata a dedicare il suo lavoro figura anche quella relativa al “contributo dell'autonomia locale e regionale (“local and regional self-government”) al rafforzamento (“enhancement”) della democrazia”.

La ragione di tale riferimento può essere colta considerando il momento storico nel quale lo statuto della Commissione venne redatto, un momento in cui la democrazia locale trovò pieno riconoscimento nell'ambito del Consiglio d'Europa, dopo decenni di tentativi infruttuosi⁸, attraverso l'adozione, nel 1985, e l'entrata in vigore, nel 1988, della Carta europea dell'autonomia locale⁹: a tutt'oggi, l'unico trattato internazionale esistente nel mondo volto ad assicurare che gli enti locali godano di spazi di autonomia e operino secondo il metodo democratico.

Pochi anni dopo, nel 1994, il Congresso dei poteri locali e regionali (d'ora in avanti, “il Congresso”) fu istituito come “seconda camera” del Consiglio d'Europa, rappresentante degli enti territoriali¹⁰. Anche in questo caso, si tratta del risultato di un cammino iniziato già negli anni 1950, quando venne creata la “*Conference of Local Authorities of Europe*” (1957). La Conferenza, formata da 135 membri, lo stesso numero di componenti della “*Consultative Assembly*” (che diverrà poi l'Assemblea parlamentare), aveva il potere di adottare pareri, raccomandazioni e risoluzioni in vista delle decisioni dell'Assemblea aventi una dimensione locale. Il Congresso, ol-

⁷ Ora in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar (eds.), *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy through Law / Trente ans à la recherche de la démocratie par le droit* (CDL-PI(2020)013).

⁸ Si veda la storia della Carta europea dell'autonomia locale come ricostruita da G. Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-Government in Europe*, Leiden, Brill, 2018, specie 17 ss. In particolare, v. il Report of the Committee on Regional Planning and Local Authorities (Doc. 210, of 23 September 1953).

⁹ La Carta (European Charter of Local Self-Government-ETS No. 122) fu adottata il 15 ottobre 1985. Il processo di firma e ratifica della Carta è stato formalmente aperto il 15 ottobre 1985 e si è concluso il 23 ottobre 2013, quando San Marino ha depositato il proprio strumento di ratifica. Di conseguenza, dal 2013, la Carta è firmata e ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

¹⁰ Statutory Resolution (94) 3 Relating To The Setting Up of The Congress of Local and Regional Authorities of Europe (adopted by the Committee of Ministers on 14 January 1994, at the 506th meeting of the Ministers' Deputies).

tre a mantenere un ruolo consultivo, per cui deve essere consultato dal Comitato dei Ministri e dall'Assemblea parlamentare su questioni che possono incidere sulle competenze e sugli interessi degli enti locali e/o regionali rappresentati dal Congresso¹¹, svolge anche una funzione di monitoraggio dell'applicazione della Carta europea dell'autonomia locale (dal 2000) e prepara relazioni e raccomandazioni a seguito dell'osservazione delle elezioni locali e/o regionali¹².

In particolare, l'attività di monitoraggio della Carta, svolta sistematicamente attraverso una serie di rapporti periodici sulla sua applicazione negli Stati membri, fa del Congresso – specialmente del suo Monitoring Committee, un organo politico, ma supportato da un organo tecnico come il “Gruppo degli esperti indipendenti sulla Carta europea dell'autonomia locale”¹³ – il principale interprete della Carta. Nel corso degli anni il Committee ha messo a punto molteplici strumenti per armonizzare l'interpretazione della Carta contenuta nei suoi rapporti¹⁴, cercando di rispettare i propri precedenti, con un comportamento assai vicino a quello di un organo di stampo “quasi-giurisdizionale”¹⁵.

Proprio grazie al monitoraggio sulla Carta europea dell'autonomia locale, il Congresso è venuto negli anni acquisendo un ruolo

¹¹ C. Himsworth, *Treaty-Making for Standards of Local Government: The European Charter of Local Self-Government and its Possible Application Beyond Europe*, University of Edinburgh, School of Law, Working Papers, 2011 (Edinburgh Law School Working Papers; No. 2011/24), 9.

¹² Così art. 1.2. della Statutory Resolution CM/Res(2020)1 relating to the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe and the revised Charter appended thereto (Adopted by the Committee of Ministers on 15 January 2020 at the 1364th meeting of the Ministers' Deputies). Altre funzioni del Congresso sono elencate nell'art. 1.3 della stessa Statutory Resolution. Sul monitoraggio della Carta si veda specialmente A.M. Moreno Molina, *El seguimiento, por el Consejo de Europa, de la aplicación de la Carta europea de Aunomía Local en sus Estados miembros*, in T. Font i Llovet, M. Vilalta i Reixach (eds.), *La Carta Europea de la Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019, 309-352.

¹³ Sul quale F. Merloni, *Prospects for strengthening the role of the European Charter of Local Self-Government*, in CoE, *The European Charter of Local Self-Government - 20th anniversary*, Strasbourg, 2005, 51. Vedi anche <https://www.coe.int/en/web/congress/group-of-independent-experts-on-the-european-charter-of-local-self-government-gie->.

¹⁴ Ad esempio il c.d. “Carta-Monitor”, una piattaforma che mette a confronto i rapporti realizzati sui singoli paesi, sulla base di una ricerca per singoli articoli della Carta: <https://www.congress-monitoring.eu/en/>.

¹⁵ G. Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-Government in Europe*, cit., 63.

di primo piano nello sviluppo della democrazia a livello locale¹⁶. La Carta, infatti, fin dal preambolo, sancisce che “gli enti locali rappresentano il fondamento di qualsiasi regime democratico”. Come sottolineato dal “Contemporary Commentary by the Congress on the Explanatory Report to the European Charter of Local Self-Government”, un testo adottato dal Congresso nel 2020 allo scopo di ricompilare in un unico documento l’interpretazione evolutiva della Carta emersa dai rapporti di monitoraggio, “il preambolo sottolinea il legame tra autonomia locale e democrazia, che dovrebbe essere considerato il fulcro della Carta. Sulla base di un approccio guidato dal principio del decentramento, la Carta presuppone che la democrazia locale sia una pietra angolare della democrazia. Così facendo, il preambolo collega la Carta con gli obiettivi fondativi del Consiglio d’Europa: gli enti locali sono considerati uno dei fondamenti principali della democrazia, che è la missione principale del Consiglio d’Europa”¹⁷.

Nonostante che le due istituzioni del Consiglio d’Europa (Commissione di Venezia e Congresso dei poteri locali e regionali) abbiano entrambe tra le proprie finalità quella di sviluppare la democrazia a livello locale, non sono previsti specifici raccordi istituzionali.

Lo Statuto della Commissione si limita a stabilire che rappresentanti del Congresso, al pari di quelli di altri organi del Consiglio d’Europa, possono assistere alle sessioni della Commissione (art. 2.4).

L’unico organo misto ha una portata limitata: si tratta del “*Council for Democratic Elections*” (CDE)¹⁸, formato da rappresentanti della Commissione di Venezia, del Congresso dei poteri locali e regionali e dell’Assemblea parlamentare¹⁹, istituito nel 2002 a se-

¹⁶ A. Kiefer, *Building Europe on democracy, human rights and the rule of law from the grassroots: the role and responses of the Congress of Local and Regional Authorities*, in *Revista General de Derecho Publico Comparado*, n.32, dicembre 2022.

¹⁷ Congress of Local and Regional Authorities, A contemporary commentary by the Congress on the Explanatory Report to the European Charter of Local Self-Government, CG-FORUM (2020)02-05prov, 12 February 2020, <https://rm.coe.int/contemporary-commentary-by-the-congress-on-the-explanatory-report-to-t/1680a06149>, par. 5.

¹⁸ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_CED&lang=EN

¹⁹ CDL-EL(2022)003 Revised Internal Rules of Procedure of The Council For Democratic Elections Adopted by the Council for Democratic Elections at its 74th meeting (Venice, 20 October 2022), art. 1: “The Council for Democratic Elections is made up of 9 members and 9 substitutes, as follows:

– 4 members and 4 substitutes appointed by the Venice Commission;

– 3 members and 3 substitutes appointed by the Parliamentary Assembly of the

Council of Europe;

guito di una risoluzione di quest'ultima con la precisa finalità di discutere con regolarità questioni elettorali²⁰. Il *Council for Democratic Elections* ha sede presso la Commissione di Venezia e si riunisce in occasione delle riunioni di quest'ultima²¹, di fatto funzionando come una commissione in sede redigente che istruisce e approva deliberazioni che devono successivamente essere adottate dal plenum della Commissione medesima.

Il principale strumento per porre in contatto Commissione e Congresso è di stampo procedurale: il Congresso, infatti, figura espressamente tra i soggetti che possono sottoporre richieste di pareri alla Commissione. Una competenza che merita una analisi specifica, alla quale sarà dedicato il paragrafo che segue.

2. *I "clienti" della Commissione di Venezia: il limitato ruolo del Congresso dei poteri locali e regionali*

L'articolo 3.2 dello Statuto della Commissione elenca i soggetti che possono richiedere un parere alla Commissione di Venezia. La Commissione può fornire, nell'ambito del suo mandato, pareri su richiesta presentata dal Comitato dei Ministri, dall'Assemblea parlamentare, dal Congresso dei poteri locali e regionali, dal Segretario generale, o da uno Stato, organizzazione internazionale o istituzione che partecipa ai lavori della Commissione. Quando un parere è richiesto da uno Stato in riferimento a un altro Stato, tranne che nel caso in cui essi trovino un accordo, la questione deve essere sottoposta al Comitato dei Ministri. Anche Stati che non sono membri della Commissione possono richiedere di beneficiare delle attività della Commissione (art. 3.3).

– 2 members and 2 substitutes appointed by the Congress of Local and Regional authorities of the Council of Europe, representing both Chambers”.

²⁰ Parliamentary Assembly, Resolution 1264 (2001)1 Code of good practice in electoral matters.

²¹ Secondo l'art. 6., “Unless otherwise decided, the CDE shall hold its meetings on the day preceding the plenary session of the Venice Commission”. In base all'art. 11.3, “After their approval by the CDE, the opinions and reports are submitted to the Venice Commission for adoption at its Plenary Session”. Sul ruolo della Commissione in materia elettorale, e anche sul Council for democratic elections, V. Volpe, *Guaranteeing Electoral Democratic Standards: The Venice Commission and “The Code of Good Practice in Electoral Matters”*, Global Administrative Law: The Casebook, Third Edition, IRPA-IIIJ, 2012, 57-67.

Inoltre, la Commissione può portare avanti su sua propria iniziativa ricerche, studi e *guidelines*, ai sensi dell'art. 3.1 dello Statuto.

A quanto ci risulta, non esistono dati statistici pubblicati sul sito della Commissione, né studi di tipo quantitativo sulle richieste, se si escludono sintetiche schede annuali²². Dai dati disponibili²³, emerge che la maggior parte dei pareri conseguono a richieste degli Stati: per fare un solo esempio, la Commissione nel 2022 ha adottato 50 testi di cui 47 pareri su 20 paesi e 3 testi di natura generale. 31 richieste provengono dagli Stati, 10 dall'Assemblea parlamentare, 1 dal Comitato dei ministri, 1 dall'Unione europea, 1 dall'OSCE, 6 sono *amicus curiae* richiesti da Corti costituzionali.

I vari meccanismi di attivazione rispondono a logiche assai diverse, benché i vertici della Commissione tendano costantemente a sottolineare, negli interventi di taglio accademico, che in ogni caso, anche quando si è di fronte a richieste da parte di istituzioni del Consiglio d'Europa, si tratta di pareri rivolti agli Stati, finalizzati a contribuire allo sviluppo democratico dei paesi a cui si riferiscono, e sprovvisti di qualsiasi carattere sanzionatorio²⁴.

Gli Stati possono chiedere un supporto nella stesura di una costituzione o di modifiche alla stessa, oppure nell'ambito dell'attività legislativa. Le ragioni che spingono gli Stati a formulare le richieste sono varie. Può accadere che esistano tensioni intra-istituzionali nello Stato richiedente, per cui la richiesta diventa parte di una lotta più ampia tra esecutivo e legislativo, o tra partiti politici rivali. Oppure lo Stato può avvertire la necessità di rafforzare le proprie credenziali democratiche di fronte alla comunità internazionale, specialmente nell'ambito dei processi di pre-adesione all'Unione europea²⁵. In ogni caso, la Commissione, benché formalmente non si

²² <https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?match=CDL-RA&lang=EN>.

²³ Oltre all'esame dei pareri e rapporti pubblicati sul sito della Commissione, ho potuto disporre di una raccolta di dati statistici effettuata dalla Commissione stessa, che copre il periodo 1990-2022. Ringrazio sentitamente Tatiana Mychelova, responsabile delle relazioni esterne della Commissione di Venezia per il supporto.

²⁴ G. Buquicchio, S. Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years on. Challenges met but Challenges ahead*, in M. van Roosmalen, B. Vermeulen, F. van Hoof, M. Oostling (eds.), *Fundamental Rights and Principles - Liber amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2013, 241.

²⁵ P. Craig, *Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy*, in *Journal of International, Transnational and Comparative Law* (2016), 57-85.

interessi del contesto in cui il parere viene richiesto, ne è ben consapevole e si muove con grande cautela, cercando soluzioni equilibrate e adeguate alla situazione concreta.

Le richieste da parte delle istituzioni del Consiglio d'Europa rispondono a una logica diversa. Tra esse risaltano quelle dell'Assemblea parlamentare, di gran lunga le più numerose. Secondo i dati disponibili, dal 2000 al 2017 la Commissione di Venezia ha ricevuto 771 richieste di pareri e rapporti, 182 delle quali da parte dell'Assemblea parlamentare. Molto spesso, in tali casi lo Stato non soltanto non ha chiesto l'*opinion*, ma neppure la desidera, per cui si può venire a determinare un rapporto conflittuale con la Commissione²⁶.

Tra i "clienti" della Commissione, il Congresso resta uno dei meno attivi²⁷. Benché la partecipazione di rappresentanti del Congresso ai lavori della Commissione sia risalente²⁸ e sia capitato più volte che uno di essi presieda il *Council for Democratic Elections*, soltanto 8 sono le richieste pervenute dal Congresso²⁹. In alcune occasioni il Segretario generale del Congresso è intervenuto di fronte alla Commissione, facendo riferimento alla possibilità di chiedere ulteriori pareri, senza però che a tali dichiarazioni abbiano fatto seguito concrete richieste³⁰. Tra l'altro, le regole di procedura del Congresso non fanno riferimento alla possibilità per il Congresso di presentare richieste alla Commissione (prevista, come abbiamo detto, dallo Statuto di quest'ultima). L'unico riferimento alla Com-

²⁶ C. Grabenwarter, *Standard-Setting in the Spirit of the European Constitutional Heritage*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, (eds.), *Venice Commission - Thirty Year Quest for Democracy through Law*, cit., 262.

²⁷ G. Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-Government in Europe*, cit., 62.

²⁸ Negli anni più recenti tale partecipazione, in alcuni casi anche con la presenza del Segretario generale, è sottolineata nei comunicati stampa del Congresso. Vedi ad es. https://www.coe.int/t/congress/sessions/19/news-session_fr.asp?p=nwz&id=7818&lmLangue=1.

²⁹ La prima di esse, in realtà, del 1992 fu presentata dall'antenato del Congresso, ovvero la Standing Conference of Local and Regional Authorities of Europe" (CL-RAE), istituita nel 1983: [https://www.coe.int/en/web/congress/origins-and-history#{%2250399899%22:\[0\]}](https://www.coe.int/en/web/congress/origins-and-history#{%2250399899%22:[0]})

³⁰ Nel comunicato citato nella nota 28, il Segretario generale del Congresso ha fatto riferimento alla possibilità di chiedere un parere alla Commissione a seguito di uno studio del Gruppo di esperti indipendenti sulla Carta dell'autonomia locale sulla posizione della Carta nella giurisprudenza degli Stati membri, parere che poi non è stato richiesto. Su questa vicenda v. G. Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-Government in Europe*, cit., 63.

missione nelle regole di procedura riguarda l'eventualità che “the national member of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)” figurì nella lista degli incontri che la delegazione del Congresso effettua durante l'attività di monitoraggio della Carta europea dell'autonomia locale³¹.

Tabella 1. *Le richieste di parere da parte del Congresso*

Opinion N. 51/1992	CDL(1992)051e-restr (cf. CDL-RA(1992)001 adopted in November 1992) Opinion on the preliminary draft Convention on interregional cooperation between territorial communities or authorities
Opinion N. 173/2001	CDL-INF(2001)024 Opinion on the Act of 4 July 2001 on Elections To Bodies of Self-Government Regions and on Amendment to the Code of Civil Procedure of the Slovak Republic
Opinion N. 174/2001	CDL-AD(2002)003 Consolidated Opinion on the Law on the Election of Members of the Representative Bodies of Local and Regional Self-Government Units of Croatia
Opinion N. 427/2007	CDL-AD(2007)033 Opinion on the Law of the Gagauz Autonomous Territorial Unit on the Election of the Governor of Gagauzia (Moldova)
Opinion N. 879/2017	CDL-AD(2017)006 Joint opinion on the draft checklist for compliance with international standards and best practices preventing misuse of administrative resources during electoral processes at local and regional level of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe
Opinion N. 888/2017	CDL-AD(2017)021 Turkey - Opinion on the Provisions of the Emergency Decree-Law n° 674 of 1 September 2016 which concern the exercise of Local Democracy
Opinion N. 910/2017	CDL-AD(2019)011rev-e Report on the recall of mayors and local elected representatives, adopted of by the Council for Democratic Elections
Opinion N. 979/2019	CDL-AD(2020)011 Turkey - Opinion on the replacement of elected candidates and mayors

Fonte: elaborazione propria su dati della Commissione di Venezia

³¹ Rules and Procedures of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe Revised at the Statutory Forum, on 12 February 2021 (Resolution 462 (2021), Rule 86.

Esaminando le 8 richieste di parere presentate dal Congresso, è difficile trovarvi un filo conduttore: esse sembrano ispirate da contingenze specifiche e non sempre facilmente comprensibili, al punto da risultare quasi casuali. Quanto al fattore tempo, possono essere individuate due fasi: agli inizi degli anni 2000 le richieste riguardano questioni elettorali, mentre quelle successive al 2017 presentano un tono più propriamente costituzionale.

La richiesta più antica, risalente al 1992, concerne un *Preliminary draft* che l'antenato del Congresso, il CLRAE, ha sottoposto alla Commissione prima della sua approvazione, la "Convention on interregional cooperation between territorial communities or authorities". Si tratta di una breve *opinion*, redatta da un unico rapporteur (l'italiano Sergio Bartole), che non richiama specifici standard internazionali, ma mira a una più chiara formulazione del testo³².

Seguono quattro richieste in materia elettorale.

Tre di esse riguardano singoli paesi: in due *opinions* nella parte iniziale del parere è specificato che la richiesta del Congresso è sorta a seguito della osservazione delle elezioni locali (in Croazia e Moldavia)³³. Sembra plausibile ritenere che anche l'*opinion* sulla legge elettorale delle regioni della Slovacchia sia stata originata nell'ambito della osservazione elettorale, benché ciò non risulti espressamente dal testo che, come capita a volte per pareri più risalenti, manca di una parte in fatto³⁴. In tutti e tre i casi, la Commissione è stata chiamata a pronunciarsi su questioni relative alla legislazione

³² Tale *opinion* è menzionata nell'Annual report 1992 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-RA\(1992\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-RA(1992)001-e). Nel sito della Commissione non è presente nell'elenco in ordine cronologico (https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by_opinion.aspx?v=all, che inizia dal 1995), ma in una pagina tematica: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(1992\)051-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(1992)051-e).

³³ CDL-AD(2002)003 Consolidated Opinion on the Law on the Election of Members of the Representative Bodies of Local and Regional Self-Government Units of Croatia; CDL-AD(2007)033 Opinion on the Law of the Gagauz Autonomous Territorial Unit on the Election of the Governor of Gagauzia (Moldova).

³⁴ CDL-INF(2001)024 Opinion on the Act of 4 July 2001 on Elections To Bodies of Self-Government Regions and on Amendment to the Code of Civil Procedure of the Slovak Republic. Le prime elezioni regionali in Slovacchia si sono svolte il 1° dicembre 2001, mentre il parere è stato approvato dalla Commissione di Venezia il 14-15 dicembre 2001. Il Congresso ha osservato le elezioni, adottando un rapporto al riguardo: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168071a95d&format=native>.

elettorale. L'*opinion* sulla Slovacchia esamina, articolo per articolo, l'intera legge per le elezioni regionali, in riferimento agli standard internazionali. In quella sulla Croazia, la richiesta era incentrata sulla rappresentanza delle minoranze, ed è sull'impatto del sistema elettorale sulle minoranze che si focalizza il parere. Nel caso della Moldavia, a seguito della osservazione delle elezioni del Governatore della regione autonoma della Gagauzia, in cui erano emerse molte deficienze, anche a livello legislativo, la Commissione è chiamata ad esaminare la legge elettorale della Gagauzia, specie in relazione al "Code of Good Practice in Electoral matters" della Commissione di Venezia.

La quarta richiesta, invece, pur investendo anch'essa la materia elettorale, riguarda un testo di carattere generale che il Congresso ha sottoposto alla Commissione prima della sua adozione³⁵: la "Draft checklist for compliance with international standards and best practices preventing misuse of administrative resources during electoral processes at local and regional level". Si tratta di una *joint opinion* della Commissione di Venezia e dell'OSCE/OIDHR: una pratica che la Commissione segue in alcuni casi e che nello specifico è giustificata dal fatto che la checklist del Congresso intende complementare le *Guidelines* elaborate in materia congiuntamente dalla Commissione e dall'OSCE/ODIHR.

In tutti questi casi, la Commissione, in maniera più o meno strutturata e approfondita (le opinioni più risalenti, in particolare quella del 1992 e quelle del 2001 risultano formulate come veri e propri sintetici pareri sulle singole norme contenute negli atti oggetto della richiesta), esprime la sua *opinion* sulla base di standard internazionali in materia elettorale, senza alcun riferimento alla Carta europea dell'autonomia locale.

Assai diverse sono le tre richieste più recenti, che si collocano nell'ambito del *democratic backsliding* vissuto da molti paesi europei negli ultimi anni. In particolare, due riguardano la situazione di emergenza venutasi a determinare in Turchia a seguito del fallito colpo di Stato del 15 luglio 2016 e l'impatto sugli enti locali delle

³⁵ CDL-AD(2017)006 Joint opinion on the draft checklist for compliance with international standards and best practices preventing misuse of administrative resources during electoral processes at local and regional level of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe.

misure assunte dal governo. La prima di esse, del 2017³⁶, sottopone alla Commissione il decreto-legge che aveva disposto la sostituzione dei sindaci, dei vicesindaci e dei consiglieri comunali arrestati, o sospesi o licenziati dal pubblico impiego per reati di terrorismo, che si inserisce in una sequenza di decreti di emergenza sui quali la Commissione era già stata chiamata a pronunciarsi dall'Assemblea parlamentare. Nel verificare la compatibilità di tali misure con gli standard internazionali, la Commissione prende in considerazione anche la Carta europea dell'autonomia locale, andando a valutare se gli articoli 3, 4, 7, 8 e 9 siano stati rispettati, per concludere nel senso di una loro violazione. Nell'interpretazione della Carta, la Commissione non si riferisce né all'*Explanatory Report* che la accompagna, né a specifici materiali del Congresso, se si escludono i rapporti dedicati alla situazione della Turchia dai quali la domanda del Congresso ha preso le mosse.

Strettamente collegata è la richiesta del 2019, che riguarda la proclamazione come sindaci, in alcuni comuni del Sud-est della Turchia, dei secondi classificati, anziché dei vincitori, e la decisione di sospendere i sindaci delle tre più popolose città della regione, per sostituirli con un commissario, nella persona del governatore regionale. L'*opinion* della Commissione fa riferimento al rapporto del Congresso sulle elezioni locali turche del 2019 e utilizza tra gli standard internazionali la Carta europea dell'autonomia locale, facendo riferimento anche all'*Explanatory Report*³⁷.

Infine, il Congresso ha sottoposto alla Commissione una questione di carattere più generale: la compatibilità con gli standard internazionali del *recall* dei sindaci e degli altri rappresentanti eletti a livello locale. Il Congresso ha preso spunto dalla normativa e dalla prassi della Repubblica di Moldova, ma la Commissione ha scelto di procedere, anziché ad un parere, alla realizzazione di un più ampio studio. In questo testo, ampio e approfondito, la Commissione ha utilizzato tra i parametri la Carta europea dell'autonomia locale e il relativo Protocollo addizionale sul diritto di partecipare alle decisioni locali (CETS No. 207), con estese citazioni dell'*Explanatory*

³⁶ CDL-AD(2017)021 Turkey - Opinion on the Provisions of the Emergency Decree-Law n° 674 of 1 September 2016 which concern the exercise of Local Democracy.

³⁷ CDL-AD(2020)011 Turkey - Opinion on the replacement of elected candidates and mayors, para 66, nota 90.

Report e di raccomandazioni del Congresso rilevanti per l'interpretazione di singoli articoli della Carta³⁸.

In sostanza, le richieste presentate dal Congresso risultano, oltre che assai limitate nel numero, poco significative ai fini della comprensione dei rapporti tra Congresso e Commissione di Venezia. Tutto quel che si può dire è che il Congresso non è un buon cliente della Commissione di Venezia. Se mai, esso può essere considerato un "utente". Infatti, il Congresso in alcune occasioni ha citato pareri o studi della Commissione (ad esempio si vedano i rapporti di monitoraggio sulla democrazia locale in Polonia e Ungheria)³⁹: si tratta però sempre di citazioni di *opinions* e studi adottati dalla Commissione senza che il Congresso sia stato parte attiva nelle richieste.

3. *I pareri della Commissione di Venezia sull'autonomia locale*

La maggior parte delle questioni sull'autonomia locale giungono alla Commissione di Venezia nell'ambito delle richieste presentate dagli Stati, molte delle quali riguardano l'assistenza nell'adozione di nuove costituzioni o nelle revisioni costituzionali. Non è un caso che sia proprio la Commissione ad elencare tra le "*key-issues*" che è chiamata ad affrontare in tale sede quelle relative al "local self-government and decentralisation"⁴⁰.

Le fonti utilizzate quali standard internazionali dalla Commissione sono di vario tipo, ma, come essa stessa specifica, poiché "the Commission was set up in the framework of the Council of Europe, it is self-evident that the legal instruments adopted by that organisation, in particular the European Convention on Human Rights, are its main terms of reference, together with the jurisprudence developed in relation to them, especially in the case law of the European Court of Human Rights"⁴¹. Come si può notare, la Carta eu-

³⁸ CDL-AD(2019)011rev-e Report on the recall of mayors and local elected representatives, adopted of by the Council for Democratic Elections, specie parr. 90-99.

³⁹ V. rispettivamente CG36(2019)13final 2 April 2019 Local and regional democracy in Poland; CG-FORUM(2021)01-03final 12 February 2021 Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Hungary. In entrambi i casi le relative raccomandazioni indicano la necessità di "follow the recommendations of the Venice Commission, contained in its opinions on the judiciary in Poland/Hungary, to guarantee to local authorities the right of recourse to an effective remedy and to restore their trust in the national judicial system".

⁴⁰ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Reforms&lang=EN.

ropea dell'autonomia locale non viene qui menzionata espressamente quale standard di riferimento. Cionondimeno, quando è chiamata a pronunciarsi sull'autonomia locale, la Commissione non può non considerare la Carta: nel far ciò essa contribuisce alla interpretazione di questa⁴², entrando in una inevitabile interazione con l'organo che della Carta è il principale custode, ovvero il Congresso, che svolge l'attività di monitoraggio sull'applicazione della Carta nei 46 Stati membri. Tuttavia, si tratta di una interazione che emerge in misura alquanto limitata in forma esplicita dalle *opinions* della Commissione, nelle quali i riferimenti alle raccomandazioni del Congresso o ad altri documenti da questo adottati e rilevanti per l'interpretazione della Carta sono estremamente contenuti: si pensi ad esempio che il già richiamato “*Contemporary Commentary*”⁴³, del 2020, che è divenuto uno dei principali strumenti interpretativi della Carta nei rapporti di monitoraggio del Congresso, non è mai stato citato finora, a quanto ci risulta, dalla Commissione di Venezia. Inoltre, soltanto in un caso tra gli autori di una *opinion*, che sono solitamente membri della Commissione di Venezia, ma possono anche includere esperti esterni, compare un'esperta del Congresso⁴⁴.

Per poter suffragare con dati quantitativi precisi tali affermazioni, sarebbe necessario identificare con precisione i pareri e gli studi adottati dalla Commissione che si riferiscono all'autonomia locale, per andare quindi a verificare in essi l'interpretazione della Carta data dalla Commissione, e in particolare i riferimenti a documenti del Congresso. Si tratta di un compito non agevole, tenuto

⁴¹ P. van Dijk, B. Vermeulen, *The European Court of Human Rights and the Venice Commission*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, (eds.), *Venice Commission - Thirty Year Quest for Democracy through Law*, cit., 691.

⁴² G. Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-Government in Europe*, cit., 43.

⁴³ Report CG-FORUM(2020)02-05final 7 December 2020 A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government.

⁴⁴ È il caso della *opinion* n. 807/2015 Report on Exclusion of Offenders from Parliament, CDL-AD(2015)036cor. Si tratta di Anna Gamper. Nel testo si specifica che essa ha fornito le informazioni sui parlamenti regionali. Successivamente, nel rapporto sul bicameralismo (CDL-AD(2024)007), Zoltan Szenté figura con la generica qualifica di “Expert-Hungary”, benché nel corpo del documento si faccia riferimento al fatto che si tratta dell'esperto che ha preparato il rapporto del Congresso sulle seconde camere.

conto che manca sul sito della Commissione uno specifico motore di ricerca: si è scelto pertanto di fare riferimento alle *opinions* che la Commissione indica nella “*compilation*” dedicata all'autonomia locale, che viene costantemente aggiornata, ma che non ha pretese di completezza⁴⁵.

Trattandosi di una selezione, benché realizzata dalla Commissione stessa, il rischio che restino escluse alcune *opinions* è consistente, come dimostra il fatto che non vi figura la quasi totalità di quelle richieste dal Congresso sopra citate, e che mancano altri studi e pareri rilevanti che è possibile rinvenire attraverso un primo esame della pagina web della Commissione⁴⁶. Particolarmente significativo è che manchi nell'elenco l'unico caso, a quanto ci risulta, in cui la Commissione è stata adita in merito a un atto del Congresso, la Recommendation 273 (2009) of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe “Equal access to local and regional elections”⁴⁷.

L'elenco che abbiamo elaborato sulla base della *compilation* effettuata dalla Commissione comprende 47 *opinions*, la maggior parte delle quali riguardanti “nuove democrazie”. Soltanto una fa riferimento a una “vecchia democrazia”, il Lussemburgo. Tre si riferiscono a Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa: Bie-

⁴⁵ CDL-PI(2023)001 Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Constitutional and Legal Provisions on The Protection of Local Self-Government. Ci riferiamo qui alla edizione dell'8 marzo 2023: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2023\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2023)001-e).

⁴⁶ Tra gli studi relativi all'autonomia regionale e locale si vedano: ad esempio: 25/1996 - Federal and regional State CDL-INF (97) 5; 91/1999 - Federated and regional entities and international treaties - Report CDL-INF (2000) 3; 97/1999 - Self-Determination and Secession in Constitutional Law CDL-INF (2000) 2; 335/2005 - The role of the Second Chamber CDL(2006)059rev; tra le *opinions*, CDL-INF(1999)014, Opinion on the questions raised concerning the conformity of the laws of the Republic of Moldova on local administration and administrative and territorial organisation to current legislation governing certain minorities, che affronta la questione della partecipazione della popolazione locale alle modifiche territoriali, di cui all'art. 5 della Carta. Inoltre, riferimenti all'autonomia locale compaiono anche in testi di carattere generale, quali l'*opinion* No. 887/2017 Code Of Good Practice On Referendums CDL-AD(2022)015 (quest'ultimo tra l'altro “endorsed by the Congress of Local and Regional Authorities of Europe” il 25 ottobre 2022).

⁴⁷ CDL-AD(2010)021 Recommendation 273 (2009) of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe “Equal access to local and regional elections” Comments by the Venice Commission in view of the reply of the Committee of Ministers.

lorussia, Cile Tunisia. Due documenti hanno carattere generale, e riguardano il decentramento territoriale nell'ambito dell'integrazione europea e la relazione tra maggioranza e opposizione.

Le richieste provengono per la maggior parte da organi degli Stati membri (presidenti di assemblee parlamentari, membri del governo, ombudsman, corti costituzionali) o in alcuni casi dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Figura nella raccolta soltanto un parere richiesto dal Congresso, quello relativo ai decreti di emergenza in Turchia⁴⁸.

Molti dei pareri toccano solo marginalmente l'autonomia locale, investendo piuttosto la materia elettorale. Tra i pochi pareri che si occupano di verificare la corrispondenza agli standard internazionali di norme domestiche sull'autonomia locale risaltano quelli su modifiche costituzionali o legislative adottate in Azerbaijan e Ucraina. Soltanto in queste *opinions* (se si esclude la richiesta del Congresso sui decreti di emergenza in Turchia già menzionata), la Commissione fa riferimento alla Carta europea dell'autonomia locale in modo dettagliato, citando in alcuni casi l'*Explanatory Report* e alcuni rapporti e raccomandazioni del Congresso sui paesi in questione. Occorre rilevare che quella relativa alla legge sulle municipalità dell'Azerbaijan, è una delle rare *joint opinion* cui partecipa il *Directorate of Democratic Governance of the Directorate General of Democracy of the Council of Europe*⁴⁹.

Per il resto, è possibile rintracciare soprattutto considerazioni di carattere generale sul valore dell'autonomia locale. Ad esempio, in riferimento alla Costituzione della Georgia, la Commissione osserva che "local self-government institutions display an essential role in spreading freedom and democracy in the society through their intermediate position between the State and the citizens". La Commissione prosegue rilevando che l'autonomia locale è "an important feature of modern democracies" e che "certain principles are essential: that public responsibilities should be exercised, by

⁴⁸ CDL-AD(2017)021, Türkiye - Opinion on the Provisions of the Emergency Decree-Law n° 674 of 1 September 2016 which concern the exercise of Local Democracy.

⁴⁹ CDL-AD(2014)022, Azerbaijan - Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate of Democratic Governance of the Directorate General of Democracy of the Council of Europe on the revised draft law making amendment to the law "on the status of municipalities".

preference, by those authorities which are the closest to the citizens; that delegation of competences should be accompanied by allocation of sufficient resources; and that administrative supervision of local authorities' activities should be limited"⁵⁰.

Tabella 2. *I pareri della Commissione menzionati nella compilation sull'autonomia locale*

Opinion	Request
1. CDL-AD(2019)019, Albania - Opinion on the powers of the President to set the dates of elections	Country
2. CDL-AD(2021)037, Albania - Amicus Curiae Brief on the competence of the Constitutional Court regarding the validity of the local elections held on 30 June 2019	Country
3. CDL-INF(2001)017, Armenia - Report of the Venice Commission on the Revised Constitution	Country
4. CDL(2001)027, Avis sur les articles 104 à 110 relatifs à l'autonomie locale du projet de révision de la Constitution de la République d'Arménie	Country
5. CDL-AD(2004)044, Armenia - Interim Opinion on Constitutional Reforms in the Republic of Armenia	Country
6. CDL-AD(2005)025, Armenia - Final Opinion on Constitutional Reform	Country
7. CDL-AD(2015)038, Armenia - Second Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (in particular to Chapters 8, 9, 11 to 16)	Country
8. CDL-AD(2009)010, Azerbaijan - Opinion on the Draft Amendments to the Constitution of the Republic	Secretary General COE
9. CDL-AD(2009)049, Opinion on the Draft Law on additions to the Law on the status of municipalities of the Republic of Azerbaijan	Country

⁵⁰ CDL-AD(2010)008, Georgia - Opinion on the Draft Constitutional Law on changes and amendments to the Constitution (Chapter VII - Local Self-Government).

10. CDL-AD(2014)022, Azerbaijan - Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate of Democratic Governance of the Directorate General of Democracy of the Council of Europe on the revised draft law making amendment to the law “on the status of municipalities”	Country
11. CDL-AD(2022)035, Belarus - Final Opinion on the Constitutional Reform	Parliamentary Assembly COE
12. CDL-AD(2004)014, Opinion on the Draft amendments to the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina	Country
13. CDL-AD(2008)009, Bulgaria - Opinion on the Constitution	Parliamentary Assembly COE
14. CDL-AD(2022)004, Chile - Opinion on the drafting and adoption of a new Constitution	Country
15. CDL-INF(2001)015, Croatia - Opinion on the Amendments of 9 November 2000 and 28 March 2001 to the Constitution	Parliamentary Assembly COE
16. CDL-AD(2004)018, Opinion on the Draft Constitutional Law of Georgia on the Status of the Autonomous Republic of Adjara	Parliamentary Assembly COE
17. CDL-AD(2010)008, Georgia - Opinion on the Draft Constitutional Law on changes and amendments to the Constitution (Chapter VII - Local Self-Government)	Country
18. CDL-INF(1996)002, Hungary - Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary	Country
19. CDL-AD(2021)029, Hungary - Opinion on the constitutional amendments adopted by the Hungarian parliament in December 2020	Parliamentary Assembly COE
20. CDL-AD(2017)010, Kazakhstan - Opinion on the amendments to the Constitution	Country
21. CDL-AD(2002)033, Opinion on the Draft Amendments to the Constitution of Kyrgyzstan	Country
22. CDL-AD(2015)014, Kyrgyzstan - Joint Opinion on the draft law “on introduction of changes and amendments to the Constitution” of the Kyrgyz Republic	Country

23. CDL-AD(2016)025, Kyrgyzstan - Endorsed joint opinion on the draft law “on Introduction of amendments and changes to the Constitution”	Country
24. CDL-AD(2021)007, Kyrgyzstan - Joint Opinion of the OSCE/ODIHR and the Venice Commission on the Draft Constitution of the Kyrgyz Republic	Country
25. CDL-AD(2019)003, Luxembourg - Opinion on the proposed revision of the Constitution	Country
26. CDL-AD(2016)035, Republic of Moldova - Opinion on the Draft Law on the Ethno-Cultural Status of the District of Taraclia	Country
27. CDL-AD(2022)025, Republic of Moldova - Joint opinion on the draft electoral code	Country
28. CDL-AD(2007)017, Montenegro - Interim Opinion on the Draft Constitution	Country
29. CDL-AD(2007)047, Opinion on the Constitution of Montenegro	Country
30. CDL-AD(2021)040, North Macedonia - Opinion on the Draft Law on the State of Emergency	Country
31. CDL-AD(2003)004, Romania - Opinion on the Draft Revision of the Constitution (Unfinished texts by the Committee for the revision of the Constitution)	Country
32. CDL-AD(2014)010, Romania - Opinion on the Draft Law on the Review of the Constitution	Country
33. CDL(1994)011, Opinion on the Constitution of the Russian Federation adopted by popular vote on 12 December 1993	Country
34. CDL-AD(2021)005, Russian Federation - Interim opinion on constitutional amendments and the procedure for their adoption	Country
35. CDL-AD(2007)004, Serbia - Opinion on the Constitution of Serbia	Parliamentary Assembly COE
36. CDL-AD(2008)016, Opinion on the Draft Amendments to the Constitution of Republika Srpska	Country
37. CDL-AD(2013)032, Tunisia - Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic	Country

38. CDL-AD(2017)021, Türkiye - Opinion on the Provisions of the Emergency Decree-Law n° 674 of 1 September 2016 which concern the exercise of Local Democracy	Congress COE
39. CDL-INF(1997)002, Ukraine - Opinion on the Constitution	Parliamentary Assembly COE
40. CDL-AD(2009)024, Ukraine - Opinion on the Draft Law of Ukraine amending the Constitution presented by the President	Country
41. CDL-AD(2014)037, Ukraine - Opinion on the Draft law amending the Constitution of Ukraine, submitted by the President of Ukraine on 2 July 2014	Country
42. CDL-PI(2015)008 Preliminary Opinion on the Constitutional Amendments regarding the Territorial Structure and Local Administration of Ukraine	Country
43. CDL-AD(2015)028, Opinion on the Amendments to the Constitution of Ukraine regarding the Territorial Structure and Local Administration as proposed by the Working Group of the Constitutional Commission in June 2015	Country
44. CDL-AD(2021)038, Ukraine - Opinion on the draft law "On the Principles of State Policy of the Transition Period	Country
45. CDL-AD(2022)038, Ukraine - Urgent joint opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the draft law on local referendum	Country
46. CDL(1993)001rev, Decentralisation of the state in the process of European integration: opinion	Italian Government
47. CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist	Venice Commission

Fonte: elaborazione propria su dati della pagina web della Commissione di Venezia

In definitiva, possiamo sintetizzare così la questione del contributo della Commissione di Venezia allo sviluppo dell'autonomia locale:

a) Soltanto in pochi casi la Commissione è stata chiamata a pronunciarsi sull'adeguatezza della democrazia locale agli standard internazionali;

b) In generale, tali questioni sono state poste nell'ambito di richieste di parere da parte degli Stati su revisioni costituzionali riguardanti anche altre tematiche;

c) Il Congresso dei poteri locali e regionali è un pessimo cliente della Commissione di Venezia, avendo sottoposto poche questioni, in maniera che appare casuale;

d) Nei pareri sull'autonomia locale, la Commissione fa generalmente riferimento alla Carta europea dell'autonomia locale, ma senza richiamare, per l'interpretazione della Carta, atti e documenti del Congresso.

4. *La dichiarazione di Reykjavík e i possibili sviluppi*

Benché ormai da diversi anni anche il Consiglio d'Europa sia costretto a confrontarsi con il fenomeno delle regressioni democratiche, è soltanto di recente, a seguito della guerra scoppiata tra due Stati membri, in conseguenza dell'aggressione della Russia all'Ucraina, che ha avviato un vero e proprio ripensamento della sua mission e delle sue strategie.

A tale scopo, è stato organizzato il quarto summit nella storia dell'organizzazione, il vertice di Reykjavík, che si è svolto il 16 e 17 maggio del 2023⁵¹.

Nella dichiarazione finale del vertice, i Capi di Stato e di Governo si sono impegnati ad assicurare “il rispetto rigoroso dello Stato di diritto, a vantaggio di ogni cittadino, e la costruzione di una comunità giuridica europea fatta di valori condivisi e di dialogo tra le giurisdizioni dei suoi Stati membri, anche attraverso la valorizzazione e il rafforzamento della Commissione di Venezia, ad esempio dando maggiore visibilità e ruolo alla sua “*Rule of law Checklist*”, e ad esplorare i modi con cui l'Organizzazione può supportare l'attuazione delle sue raccomandazioni”⁵².

In riferimento all'autonomia locale, i “Reykjavik Principles for Democracy”⁵³, non si riferiscono solo alla necessità di consentire e incoraggiare attivamente la partecipazione democratica a livello na-

⁵¹ <https://www.coe.int/en/web/portal/fourth-council-of-europe-summit>.

⁵² Council of Europe Reykjavik Declaration “United around our values”, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680ab364c.

⁵³ Reykjavik Principles for Democracy (Appendix III to the Reykjavik Declaration).

zionale, regionale e locale attraverso elezioni libere e corrette, ma anche alla separazione dei poteri. I Capi di Stato e di Governo si impegnano a “sostenere la separazione dei poteri con adeguati controlli ed equilibri tra le diverse istituzioni statali, *a tutti i livelli*, per evitare qualsiasi eccessiva concentrazione di potere” (il corsivo è mio)⁵⁴.

Dal vertice di Reykiavik emerge che una “genuine democracy” (per riprendere le parole del preambolo dello Statuto del Consiglio d’Europa)⁵⁵, in quanto democrazia basata sullo Stato di diritto, richiede un sistema di divisione dei poteri. Ed è qui che si vengono ad inserire, secondo una prospettiva innovativa, anche gli enti locali. A margine del vertice di Reykjavik, i rappresentanti di molteplici associazioni di enti locali hanno sottoscritto una “Call for action”, affermando tra l’altro espressamente che “la democrazia locale e regionale è alla base di società forti, democratiche, inclusive, sostenibili e coese”, basate sullo Stato di diritto⁵⁶.

Se il federalismo fin dai suoi albori è stato letto nell’ottica della separazione (verticale) dei poteri, si tratta invece di una visione non sempre adeguatamente sviluppata in riferimento agli enti locali⁵⁷. Anche per ovviare a questa lacuna, il Congresso nella sua sessione del marzo 2024 ha adottato un rapporto dal significativo titolo di “Local and Regional Authorities as Actors and Guarantors of the Rule of Law”⁵⁸, che, appoggiandosi in larga misura sui documenti della Commissione di Venezia, e in primo luogo sulla “*Rule of Law*

⁵⁴ Reykjavik Principles for Democracy, Appendix III, par. 4.

⁵⁵ Sulla base dello Statuto del Consiglio d’Europa (ETS No.1, Preambolo), i principi di “libertà individuale, libertà politica e *rule of law*” sono stati riconosciuti come principi che costituiscono la base di “ogni autentica democrazia” (genuine democracy).

⁵⁶ <https://rm.coe.int/call-for-action-congress-high-level-conference-in-the-margins-of-the-c/1680ab3b97>.

⁵⁷ In questo senso v. G. Pavani, S. Profeti, C. Tubertini, *Le città collaborative ed eco-sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, Bologna, Il Mulino, 2023, 18. V. anche T. Groppi, *Local Authorities as Guarantors of the Rule of Law: Recent Developments in the Council of Europe*, in *Int’l J. Const. L. Blog*, May 17, 2024, <http://www.icconnectblog.com/local-authorities-as-guarantors-of-the-rule-of-law-recent-developments-in-the-council-of-europe/>.

⁵⁸ Report CG(2024)46-20 26 March 2024 Local and Regional Authorities as Actors and Guarantors of the Rule of Law, <https://www.coe.int/en/web/congress/-/congress-calls-for-greater-involvement-of-local-and-regional-authorities-in-strengthening-the-rule-of-law>.

Checklist”, sottolinea il ruolo degli enti locali nella difesa della democrazia e dello Stato di diritto. Il rapporto evidenzia che gli enti locali e regionali sono fondamentali per sostenere e difendere la democrazia, i diritti umani e lo Stato di diritto, non solo all’interno delle loro comunità, ma anche come parte del sistema di pesi e contrappesi che rappresenta la spina dorsale di un’autentica democrazia pluralistica⁵⁹.

Nella risoluzione annessa al rapporto, il Congresso invita il proprio Monitoring Committee a “work together with the other institutions of the Council of Europe, notably the Venice Commission and the European Court of Human Rights, to include local self-government within the rule of law monitoring activities”. Nella raccomandazione, poi, invita il Comitato dei ministri a: “use the Congress monitoring reports as an early warning mechanism to prevent or address worrying developments with regard to compliance with democratic standards and practices in member States”.

In effetti, il rapporto sottolinea che “the Charter should be considered as the fundamental document establishing the standards to be respected by the State authorities in order to protect local self-government and create an environment where the rule of law prevails, and which enables local authorities to effectively fulfil their role of actors and guarantors of the rule of law, democracy and human rights. The monitoring of the implementation of the Charter in the member States by the Congress of Local and Regional Authorities is thus an important contribution to the strengthening of the rule of law. It constitutes an important instrument that can point to possible erosion of democracy and rule of law in member States”⁶⁰.

Il Congresso si riferisce qui ai rapporti di monitoraggio che, “in recent years have captured this aspect, pointing out that very often the processes of democratic regression through an accumulation of piecemeal changes, resulting in the degradation of the structures and substance of constitutional democracy, go hand in hand with processes of recentralisation, eroding the level of autonomy of local authorities. The democratic backsliding that is taking place

⁵⁹ Report CG(2024)46-20 26 March 2024 Local and Regional Authorities as Actors and Guarantors of the Rule of Law, par. 40.

⁶⁰ Così i parr. 74-77.

across the world and in Europe, which has resulted in a weakening of checks and balances and of the role of the opposition, in obstacles to and restrictions on the exercise of civil and political rights and freedoms, in an erosion of the rule of law, in restrictions on local self-government and in recentralisation, undermines genuine democracy, as enshrined in the Statute of the Council of Europe”.

Il rapporto si conclude quindi affermando che “For all these reasons, it is essential that the outcomes of the monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government and of the implementation of the rule of law by local authorities, including the execution of the judgments of the European Court of Human Rights at local level, are used by the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the European Commission for Democracy through Law in their activities related to democracy and the rule of law in the Council of Europe member States”⁶¹.

La dichiarazione di Reykjavík sembra in definitiva aprire una nuova frontiera, volta a valorizzare pienamente il ruolo di “contropoteri” svolto dagli enti locali: un ruolo che, se può rivelarsi decisivo per evitare uno scivolamento completo verso l’autoritarismo in contesti di *democratic backsliding* (come dimostrano le esperienze della Polonia e della Turchia)⁶², può costituire altresì un punto di partenza per un rafforzamento “dal basso” della democrazia, attraverso la partecipazione e il controllo popolare, in paesi finora considerati democratici ma attraversati da una crescente crisi di sfiducia nei confronti dei governanti e delle élite⁶³.

⁶¹ Nel documento “Supervision of The Execution of Judgments and Decisions of The European Court of Human Rights 2023” del Comitato dei Ministri si fa espresso riferimento al fatto che “The Congress of Local and Regional Authorities has underlined its will to strengthen its contribution to the execution of judgments concerning the activities of local and regional authorities. To this end, the DEJ and the Secretariat of the Congress are in close contact and are exploring the areas in which actions from local authorities are required for the execution process”. <https://www.coe.int/en/web/execution/-/latest-annual-report-on-the-execution-of-the-european-court-judgments-and-decisions-significant-progress-but-important-challenges-remain>.

⁶² In entrambi i paesi, infatti, l’opposizione, sia pure depotenziata a livello nazionale nel quadro di processi di regressione democratica, è stata capace di affermarsi a livello locale: si vedano ad es. le elezioni locali del 1° aprile 2024 in Turchia, e in precedenza quelle del 21 ottobre 2018 in Polonia.

⁶³ A. Poggi, *Autonomie locali e democrazia. Presupposti, condizioni e limiti*, in *Revista General de Derecho Publico Comparado*, n.32, dicembre 2022.

In tale percorso, volto ad includere l'autonomia locale nella nozione di “*rule of law* costituzionale”, la collaborazione e il dialogo tra le diverse istituzioni del Consiglio d'Europa (e in particolare tra la Commissione di Venezia e il Congresso dei poteri locali e regionali) sono decisive, al fine di supportare gli Stati, e all'interno di essi, la società civile e i sostenitori della democrazia, nei nuovi e complessi scenari che si profilano.

Abstract

Tra le priorità della Commissione di Venezia, in base al suo statuto, figura anche quella relativa al “contributo dell'autonomia locale e regionale al rafforzamento della democrazia”. Partendo da questa considerazione, l'articolo esamina i pareri rilasciati dalla Commissione in tale materia, con particolare attenzione ai riferimenti alla Carta europea dell'autonomia locale e ai documenti del Congresso dei poteri locali e regionali. In conclusione, si sofferma sulle conseguenze che la dichiarazione di Reykjavík, del 2023, potrà avere sugli sviluppi dei rapporti tra le due istituzioni del Consiglio d'Europa.

Among the priorities of the Venice Commission, according to its statute, is also that relating to the “contribution of local and regional self-government to the enhancement of democracy”. Against this background, the article examines the opinions issued by the Commission on this matter, with particular attention to the references to the European Charter of Local Self-Government and the documents of the Congress of Local and Regional Authorities. In conclusion, it focuses on the consequences that the Reykjavík declaration of 2023 may have on the future relations between the two institutions of the Council of Europe.

VALERIA PIERGIGLI

LA COMMISSIONE DI VENEZIA E L'INTERPRETAZIONE DEI POTERI DI EMERGENZA

SOMMARIO: 1. Introduzione. Poteri di emergenza, democrazia e *rule of law*. – 2. L'approccio della Commissione di Venezia al concetto di emergenza: l'assenza di definizione. – 3. (*Segue*): le fonti del diritto dell'emergenza e i profili procedurali. – 4. (*Segue*): i profili sostanziali. – 5. Limiti, controlli e garanzie nell'esercizio dei poteri di emergenza. – 6. Conclusioni: il dialogo con gli Stati e la cooperazione con le istituzioni dell'Unione europea.

1. *Introduzione. Poteri di emergenza, democrazia e rule of law*

È noto che il prodursi di una situazione di emergenza – interna, internazionale o transnazionale, di natura politica o tecnica, geograficamente circoscritta oppure estesa all'intero territorio di uno Stato – può determinare (e di solito determina, effettivamente) una serie di conseguenze sull'assetto dei poteri costituiti e sullo statuto giuridico delle libertà individuali e collettive. Le istituzioni, e preferibilmente gli esecutivi, adottano misure che inevitabilmente incidono, per tutto il tempo dell'emergenza e fatti salvi gli effetti eventualmente destinati a stabilizzarsi, sul funzionamento della forma di stato e di governo. Queste misure, che negli ordinamenti democratici e a separazione di poteri costituiscono un'eccezione rispetto alla normalità costituzionale, sono suscettibili di alimentare, ben più che negli ordinamenti a vocazione autoritaria, preoccupazioni per la tenuta complessiva del sistema. Di qui la scelta, diffusa quantunque non generalizzata, di affidare alla Costituzione o alla legge la disciplina delle emergenze, secondo soluzioni variabili da Paese a Paese, in modo da contenere e limitare l'esercizio dei poteri straordinari, salvaguardare la stabilità dell'assetto istituzionale, l'integrità territoriale, la sicurezza e l'incolumità dei consociati e consentire, quanto prima possibile, il ripristino dello *status quo ante*. Ciò che infatti, nella cornice dello stato costituzionale, caratterizza

(o dovrebbe caratterizzare) i regimi di emergenza sono la temporaneità delle deroghe introdotte al potere costituito, la necessità, l'adeguatezza, la ragionevolezza e la proporzionalità degli interventi adottati per rispondere all'emergenza, la verificabilità, in sede politica e giurisdizionale, dell'uso dei poteri derogatori.

È innegabile, tuttavia, che un margine di incertezza è destinato a residuare, non fosse altro per la circostanza che soltanto *a posteriori* è possibile valutare se l'attivazione, formalmente dichiarata o meno, dello stato di eccezione ha effettivamente contribuito al mantenimento delle garanzie costituzionali ovvero al rovesciamento delle stesse, accompagnandosi alla instaurazione di un ordine antitetico rispetto al precedente. D'altra parte, non può aprioristicamente escludersi che la gestione di una situazione di emergenza possa rappresentare il pretesto, accidentale o financo provocato, per agevolare la transizione da una "dittatura commissariale" a una "dittatura costituente"¹, specialmente nell'ambito di sistemi costituzionali fragili, non ancora stabilizzati oppure in fase di regressione democratica. Dunque, le emergenze e le reazioni dei governi alle emergenze possono mettere sotto stress le Costituzioni e il costituzionalismo, lo stato di diritto, il principio di sovranità e il suo esercizio².

Eppure, anche indipendentemente da una organica regolamentazione costituzionale o legislativa, almeno le c.d. democrazie mature dovrebbero essere in grado di rispondere efficacemente alle diverse situazioni emergenziali senza abbandonare i principi garantisti sui quali poggiano ed evitando insidiosi scivolamenti verso modalità di gestione del potere non (del tutto) conformi ai canoni del costituzionalismo liberale. Il pericolo, affatto recondito, che ciò accada si appalesa, tuttavia, di fronte alle attuali emergenze, più o meno inedite, non limitate localmente e che tendono a protrarsi nel tempo fino a diventare permanenti. Si pensi soltanto all'emergenza terroristica, innescata dall'attacco alle Torri gemelle nel settembre

¹ La contrapposizione risale a C. SCHMITT, *Die Diktatur Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München, 1921 (trad. it. 1975), 136 ss.

² A questo proposito, per una riflessione attenta sulla gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 nel diritto comparato e sulle conseguenze di lungo termine prodottesi rispetto alle categorie del costituzionalismo democratico, cfr. A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Post-Pandemic Constitutionalism: Covid-19 as a Game-Changer for "Common Principles"?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 44, n. 4, 2023, 815 ss.

2001 e ai successivi attentati di matrice islamica realizzati in diverse città europee, o alla crisi sanitaria da Covid-19 che nel 2020 e per circa tre anni ha sconvolto praticamente l'intero pianeta, per tacere della crisi internazionale provocata, alla fine di febbraio 2022 e tuttora in corso, dall'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa e alle ulteriori emergenze, in termini economici, alimentari e umanitari, che ne stanno derivando ben oltre le aree direttamente colpite. Da ultimo, l'attacco terroristico di *Hamas* e la reazione dello Stato di Israele, nell'autunno 2023, oltre a innescare un conflitto drammatico sul territorio, rischiano di riaccendere anche altrove l'incubo del terrorismo islamico e lo spettro dell'odio antisemita.

Alla preservazione della democrazia, dei diritti umani e del *rule of law* contribuisce autorevolmente, sin dalla sua istituzione nel 1990, la Commissione di Venezia (d'ora in avanti: Commissione) che ha elaborato in proposito numerosi documenti, rapporti, *legal opinions* e raccomandazioni, su richiesta degli Stati interessati, delle istituzioni del Consiglio d'Europa e di altre organizzazioni internazionali. L'ingente mole di questi studi consente di tracciare una vera e propria linea interpretativa, una dottrina se si vuole, in grado di orientare le condotte presenti e future degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa (e non solo), tanto in tempi di normalità che, per quanto in questa sede interessa, al cospetto di frangenti emergenziali.

In generale, sul concetto di "stato di diritto", la Commissione è intervenuta a più riprese, anche se sono due i documenti centrali al riguardo e che vale la pena menzionare subito, dal momento che costituiscono l'implicito punto di partenza della nostra riflessione e saranno tenuti presenti, in filigrana, nel corso dell'intero lavoro. Il primo riferimento è al *Rapporto sullo stato di diritto* del 2011³, nel quale la Commissione, consapevole della problematica messa a fuoco di questo principio, ha provato a riassumerne le coordinate, precisando che «The Rule of law in its proper sense is an inherent part of any democratic society and the notion of the Rule of law requires everybody to be treated by all decision-makers with dignity, equality and rationality and in accordance with the law, and to have the opportunity to challenge decisions before independent and impartial courts for their unlawfulness where they are accorded fair

³ CDL-AD (2011)003, *Report on the Rule of Law*.

procedures. The Rule of law thus addresses the exercise of power and the relationship between the individual and the state...» (§ 16). L'analisi così condotta veniva successivamente ripresa nel documento *Rule of Law Checklist* del 2016, ove si legge che il concetto di *rule of law* «is linked not only to human rights but also to democracy ... Democracy relates to the involvement of the people in the decision-making process in a society; human rights seek to protect individuals from arbitrary and excessive interferences with their freedoms and liberties and to secure human dignity; the Rule of Law focuses on limiting and independently reviewing the exercise of public powers. The Rule of Law promotes democracy by establishing accountability of those wielding public power and by safeguarding human rights, which protect minorities against arbitrary majority rules» (§ 33). Il documento individua, secondo una lista presentata come non esaustiva né definitiva, alcuni *core elements* del *rule of law*. Tra questi, compaiono: i principi di legalità e certezza del diritto, la separazione dei poteri e il meccanismo dei *checks and balances*, l'eguaglianza davanti alla legge e il principio di non discriminazione, il giusto processo e la garanzia di giudici indipendenti e imparziali. La *Rule of Law Checklist* del 2016 sottolinea, in sintesi, lo stretto collegamento tra *rule of law*, protezione dei diritti fondamentali e difesa delle istituzioni democratiche⁴.

Ebbene: è possibile derogare legittimamente agli indicatori sopra enunciati, ed eventualmente a quali di essi, durante uno stato di emergenza? La risposta della Commissione è affermativa, ma accompagnata da alcuni *caveat* di natura sia procedurale che sostanziale e da una serie di limiti, i quali si traducono in altrettante raccomandazioni agli Stati per l'impiego corretto dei poteri di emergenza e per la garanzia dello stato di diritto che deve sempre orientare l'azione delle istituzioni. Il presente contributo intende dar conto di questi *caveat*, non prima di aver offerto la ricostruzione della nozione di "emergenza pubblica", quale risulta dai principali documenti prodotti in materia dalla Commissione. In sede conclusiva, sarà utile richiamare, accanto ai punti di approdo dell'organo consultivo del Consiglio d'Europa nel suo dialogo con gli Stati membri a proposito del legittimo esercizio dei poteri di emergenza, il consolidarsi della sinergia, da tempo avviata, con le istitu-

⁴ CDL-AD (2016)007, *Rule of Law Checklist*.

zioni euro-unitarie, in concomitanza con l'esplosione dell'emergenza sanitaria del 2020 che ha contribuito a esacerbare, specialmente in alcuni contesti, la crisi latente del *rule of law*.

2. *L'approccio della Commissione di Venezia al concetto di emergenza: l'assenza di definizione*

Scorrendo i documenti più rilevanti e direttamente pertinenti in tema di gestione delle emergenze, si può constatare l'assenza di definizione del concetto di "emergenza pubblica". Piuttosto, risalta un approccio pragmatico e rivolto a individuare le tipologie emergenziali⁵, il cui verificarsi è tale da legittimare, a certe condizioni come si dirà, l'attivazione di clausole derogatorie all'esercizio del potere e al godimento dei diritti. Così, passando in rassegna le eterogenee discipline costituzionali e/o legislative di 32 Paesi (europei ed extra-europei), in uno studio sugli *Emergency powers* del 1995, la Commissione – a dispetto di un paragrafo iniziale dal titolo evocativo «*Concept of public emergency*» – non definisce, bensì elenca le emergenze, per tipi e intensità, qualificandole come militari, politiche ed economiche⁶. Sempre che non preferisca richiamare, più genericamente, le nozioni di "pericolo imminente e reale" o di "minaccia eccezionale", ricalcando la terminologia impiegata dalla CEDU (art. 15) e dalle omologhe prescrizioni racchiuse nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 4) e nella Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo (art. 27). Come si illustrerà nel prosieguo (§ 4), infatti, tutti i trattati citati consentono, secondo procedure determinate e con alcune tassative eccezioni, la sospensione di un catalogo di diritti fondamentali, in caso di guerra o altro pericolo pubblico eccezionale che minacci, rispettivamente, l'esistenza della nazione ovvero l'indipendenza e la sicurezza di uno Stato parte.

E ancora, in alcuni documenti più recenti⁷, appoggiandosi alle formulazioni proposte presso autorevoli sedi internazionali, mostra

⁵ Su questi aspetti, cfr. J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Preserving Democracy and the Rule of Law in a Pandemic. Some Lessons from the Venice Commission*, in J.M. Castellà Andreu, M.A. Simonelli (a cura di), *Populism and Contemporary Democracy in Europe. Old Problems and New Challenges*, Londra, 2022, spec. 256-257.

⁶ CDL-STD (1995)012, *Emergency Powers*.

⁷ CDL-PI (2020)003, *Compilation of Venice Commission. Opinions and Reports on State of Emergency*, 6 § 36 e CDL-AD (2020)018, *Interim Report on the Measures Taken*

di condividere la definizione della Corte EDU, secondo cui la nozione di “emergenza pubblica” impiegata nell’art. 15 citato fa riferimento a «an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the State is composed» (ECHR, *Lawless v. Ireland*, 332/57, 1.7.1961, § 28). Per rimanere nell’ambito del Consiglio d’Europa, è stata altresì richiamata la definizione a suo tempo suggerita dalla Commissione europea dei diritti dell’uomo, la quale aveva individuato le caratteristiche che una situazione deve presentare per potersi qualificare come “stato di emergenza”. Il pericolo deve essere attuale o imminente; i suoi effetti devono interessare l’intera nazione; la vita della comunità organizzata deve risultare minacciata; la crisi o il pericolo deve essere eccezionale, ossia tale per cui le normali misure o restrizioni consentite dalla CEDU per la protezione della sicurezza, della salute e dell’ordine pubblico risultino completamente insufficienti⁸.

Anche la formulazione proposta dal Rappresentante speciale delle Nazioni Unite, a proposito dell’art. 4 del Patto internazionale dianzi menzionato, si rivela – a giudizio della Commissione di Venezia – di utile ausilio ricostruttivo nel rammentare che, per il ricorso di una situazione di emergenza, devono sussistere alcuni requisiti e segnatamente: il carattere eccezionale dello stato di emergenza e la natura eccezionale della minaccia che richiede che l’emergenza presenti un pericolo attuale o imminente per la comunità (*temporality*); il dovere dello Stato di annunciare pubblicamente lo stato di emergenza e di informare gli altri Stati e gli organi incaricati di monitorare l’adempimento delle obbligazioni internazionali circa il contenuto delle misure adottate che devono essere proporzionate alla serietà dell’emergenza (*declaration*); l’obbligo delle istituzioni statali di osservare il diritto nazionale e internazionale nel disporre restrizioni ai diritti fondamentali e il divieto di sospendere, anche temporaneamente, lo stato di diritto (*legality*); il divieto di derogare, durante lo stato di emergenza, ai diritti espressamente enunciati nel citato art. 4 (*inviolability/intangibility*)⁹. Su alcuni di questi profili, come la necessità della formale dichiara-

in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and Their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights, § 83.

⁸ CDL-PI (2020)003, cit., 6 § 26.

⁹ CDL-PI (2020)003, cit., 7 § 28.

zione degli stati di emergenza e le garanzie da attivare in caso di limitazioni ai diritti fondamentali si tornerà più avanti (§§ 3-4).

Per rimanere nell'ambito dei tentativi definitori prodotti dalla Commissione, merita infine attenzione quanto risulta in uno dei documenti elaborati in occasione della pandemia da Covid-19. Dopo aver rammentato che lo stato di emergenza è la situazione temporanea in cui possono essere conferiti poteri eccezionali all'esecutivo e misure straordinarie possono essere assunte al fine di gestire e superare la crisi che costituisce una minaccia fondamentale per lo Stato interessato, l'organismo include, tra i fatti emergenziali, i disastri naturali, i disordini civili, le epidemie, gli attacchi terroristici, le crisi economiche, le guerre e le minacce militari¹⁰. Si ha l'impressione di uno sforzo definitorio che preferisce tuttavia rinviare, ancora una volta, a concrete esemplificazioni, a conferma della problematicità di pervenire a una nozione esaustiva e sufficientemente condivisa di "emergenza", specie di fronte alle multiformi sfide offerte dalla contemporaneità. D'altra parte, la stessa Commissione riconosce la difficoltà di prevedere e descrivere esattamente una situazione di emergenza e ammette che «a degree of vagueness in the definition would thus appear unavoidable»¹¹.

In definitiva, la Commissione si rimette alle scelte dei singoli Stati, non soltanto per la regolamentazione, ma prima ancora per la messa a fuoco del concetto di emergenza e delle eterogenee fattispecie emergenziali che sono irriducibili a una lista predeterminata e aprioristicamente chiusa. In proposito, le Costituzioni nazionali fanno richiamo a eventi, quali guerre e conflitti armati, atti di terrorismo, incidenti industriali o ecologici, disastri, calamità naturali, epidemie. D'altro canto, questo rinvio alle discipline nazionali non deve interpretarsi come una sorta di mandato in bianco. Così, in un parere reso in occasione delle misure adottate dal governo turco a seguito del fallito colpo di stato del 2016, la Commissione puntualizzava che, fermo restando il margine di apprezzamento nazionale nel valutare se, in concreto, ricorrono o meno i presupposti per l'instaurazione di uno stato di emergenza, quella discrezionalità non può andare esente da una supervisione degli organi del Consiglio

¹⁰ CDL-PI (2020)005, *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law During States of Emergency - Reflections*, § 5.

¹¹ CDL-PI (2020)003, cit., 7 § 58.

d'Europa, inclusa, se del caso, la Corte EDU¹². Ciò significa che la discrezionalità valutativa degli Stati, in questo ambito materiale, non deve considerarsi illimitata.

In conclusione, l'instaurazione di uno stato di emergenza si fonda sulla accettazione della dicotomia normalità/eccezione e implica una alterazione della normalità costituzionale, ma senza determinare l'abbandono del c.d. *rule of law approach*, che è il metodo seguito nelle democrazie costituzionali e nel diritto internazionale in contrapposizione al c.d. *sovereignty approach* di schmittiana memoria¹³. In altri termini, lo stato di emergenza non esiste fuori dal diritto, perché è esso stesso un istituto giuridico, sebbene compori l'emanazione di norme straordinarie, in quanto destinate a risolvere la crisi e ripristinare la normalità e alle quali si richiede pertanto, come si vedrà meglio nel prosieguo, il rispetto dei requisiti di necessità, proporzionalità e temporaneità.

3. (Segue): le fonti del diritto dell'emergenza e i profili procedurali

Nella ricostruzione della Commissione, il rispetto di precisi standard procedurali è fortemente raccomandato qualora la situazione di emergenza – qualunque essa sia – costituisca la precondizione per apportare modifiche temporanee all'esercizio dei poteri e al godimento dei diritti fondamentali. Tali requisiti attengono: 1) alla formale dichiarazione dello stato di emergenza da parte dell'autorità competente, 2) all'indicazione della sua durata ed estensione territoriale, 3) alla definizione degli obiettivi da perseguire e degli interventi da assumere con la contestuale individuazione degli organi e delle modalità più opportune. Si tratta di adempimenti che, in quanto prodromici all'effettiva attivazione (e alla eventuale proroga) dello stato di emergenza e all'adozione delle misure necessarie, possono trovare regolamentazione in una fonte costituzionale oppure extra-costituzionale¹⁴.

La prima soluzione, che la Commissione ha sempre indicato come preferibile e che corrisponde al c.d. stato di emergenza *de*

¹² CDL-PI (2020)003, cit., 11 § 67; CDL-PI (2020)005, cit., § 18. Si veda altresì CDL-AD (2016)010, *Opinion on the Legal Framework Governing Curfews*.

¹³ CDL-PI (2020)005, cit., § 8; CDL-AD (2020)018, cit., § 18.

¹⁴ CDL-PI (2020)005, cit., § 22 ss.; CDL-AD (2020)018, cit., § 29 ss.

iure, comporta la previa disciplina, nel testo della Costituzione e/o in una legge *ad hoc*, da assumersi in attuazione del dettato costituzionale, dei poteri di emergenza, con la contestuale individuazione dell'organo statale competente a proclamare ufficialmente lo stato di emergenza – a seconda dei diversi modelli eventualmente previsti dalla normativa e in base alle differenti situazioni emergenziali – e ad assumere le concrete misure per la sua gestione. In questa ipotesi, le regole che presiedono alla dichiarazione dello stato di emergenza devono essere chiare, accessibili e disponibili in anticipo, ossia prima che l'emergenza si verifichi, in ossequio al principio della certezza del diritto, come si preciserà meglio tra poco.

La dichiarazione dello stato di emergenza, a sua volta, deve dar conto dei presupposti che ne abilitano l'attivazione, dei poteri eccezionali consentiti, dell'efficacia territoriale e della durata, che non dovrebbe essere eccessivamente estesa e fatte salve eventuali proroghe ove sussistano le condizioni. In proposito, la Commissione, oltre a ritenere illegittima l'omessa precisazione di un limite temporale, raccomanda che lo stato di emergenza cessi non appena non sia più necessario il ricorso ai poteri straordinari, auspicabilmente prima dello spirare del termine preventivato, non ammettendosi un regime emergenziale suscettibile di protrarsi a tempo indefinito con il rischio di diventare permanente. Il messaggio è chiaro: il ritorno, sebbene graduale, alla normalità e agli ordinari strumenti di regolazione normativa dovrebbe essere l'obiettivo da perseguire nello stato costituzionale democratico, perché «the longer the emergency regime lasts, the further the state is likely to move away from the objective criteria that may have validated the use of emergency powers in the first place. The longer the situation persists, the lesser justification there is for treating a situation as exceptional in nature with the consequence that it cannot be addressed by application of normal legal tools»¹⁵.

Le misure destinate a fronteggiare l'emergenza, e adottabili sulla base dei poteri eccezionali autorizzati nella dichiarazione, non possono invece essere direttamente individuate nell'atto che dichiara l'emergenza, in quanto saranno commisurate all'evolversi della situazione, anche se sarebbe sempre opportuno accompagnare

¹⁵ CDL-PI (2020)005, cit., § 78.

i singoli interventi con l'indicazione dei presupposti di fatto e di diritto che ne giustificano l'adozione.

Lo stato di emergenza può essere dichiarato dal parlamento oppure, specie in casi di urgenza, dal governo che però deve trasmettere immediatamente la dichiarazione all'organo legislativo per la necessaria approvazione. Qualora si renda opportuno prorogare lo stato di emergenza, l'esecutivo dovrebbe ricevere la previa autorizzazione parlamentare. Pertanto, a proposito della relazione che dovrebbe (continuare a) intercorrere tra esecutivo e legislativo, la Commissione esprimeva dubbi sulla indeterminatezza dei poteri straordinari indicati nella dichiarazione dello stato di emergenza, assunta in occasione del già citato colpo di stato in Turchia nel 2016, indeterminatezza a cui nemmeno il parlamento, in sede di approvazione, aveva posto rimedio, astenendosi dal circoscrivere il mandato governativo e così contribuendo ad alterare il meccanismo dei *checks and balances* che dovrebbe sempre essere mantenuto in un contesto democratico¹⁶. Le successive vicende che hanno interessato la Turchia, del resto, sono ben note, compresa la revisione della Costituzione in senso presidenziale, realizzata proprio durante il regime di emergenza¹⁷.

La seconda soluzione, che la Commissione ritiene meno garantista e che corrisponde al c.d. stato di emergenza *de facto*¹⁸ prescinde, invece, dalla formale dichiarazione dello stato di emergenza e da previsioni costituzionali o legislative esplicitamente dedicate; in questo caso, le autorità di governo si attiveranno sulla base della normativa generale e assumeranno le misure richieste dalle circostanze per superare il frangente emergenziale.

Se lo stato di emergenza *de iure*, in quanto formalmente regolato dal diritto, offre maggiori garanzie in termini di tutela delle libertà, della democrazia e del *rule of law*, lo stato di emergenza *de facto* non è comunque sconosciuto nella pratica, dal momento che alcuni ordinamenti effettivamente sono silenti o lacunosi in mate-

¹⁶ CDL-PI (2020)003, cit., 17 § 191.

¹⁷ *Infra* nota 35.

¹⁸ Già nel Rapporto sugli *Emergency Powers* (cit. *supra* nota 6), la Commissione raccomandava che: «a. The emergency situation capable of giving rise to the declaration of states of emergency should clearly be defined and delimited by the constitution... b. De facto state of emergency should be avoided, and emergency rule should be officially declared...» (p. 30).

ria¹⁹, né esso può ritenersi contrario *tout court* al diritto internazionale. Va considerato tuttavia che, in assenza di una proclamazione ufficiale dello stato di emergenza, alle autorità nazionali non è consentito sospendere i diritti fondamentali; questa almeno è l'indicazione chiaramente enunciata dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sopra ricordato, mentre sul punto l'omologo art. 15 CEDU non si esprime.

Come si è anticipato, il modello dello stato di emergenza *de iure* trova fondamento nella Costituzione, ma è opportuno – prosegue la Commissione – che sia meglio dettagliato in una legge distinta, possibilmente una legge costituzionale oppure una legge organica se l'ordinamento contempla questa tipologia di fonti. La legge attuativa della costituzione dell'emergenza dovrebbe racchiudere, tra l'altro, disposizioni relative alle circostanze emergenziali suscettibili di determinare uno stato di emergenza, alla proclamazione dello stato di emergenza, all'applicazione delle misure conseguenti, ai controlli parlamentari e giurisdizionali. Non solo. La legge in parola, analogamente ad altri atti destinati alla regolamentazione delle emergenze, dovrebbe ricevere la necessaria attenzione del parlamento ed essere approvata *ex ante*, ossia in tempi di normalità istituzionale, onde evitare legislazioni affrettate ovvero confezionate appositamente per rispondere a emergenze già verificatesi o in procinto di realizzarsi. D'altra parte, la stessa Commissione non può negare che l'imprevedibilità di talune situazioni di crisi, come verificatosi ad esempio per l'emergenza da Covid-19, possa indurre il legislatore ad attivarsi in reazione a fattispecie ormai pro-

¹⁹ CDL-STD (1995)012, cit., 3, elenca i Paesi privi di clausole costituzionali sui poteri di emergenza, a parte il limitato riferimento alla guerra. Si tratta di Danimarca, Svezia, Norvegia, Lussemburgo, Austria, Italia, Malta, Liechtenstein, Cipro, Svizzera e San Marino. Va tenuto presente, tuttavia, che il Rapporto era stato redatto, come anticipato nel testo, sulla base di un campione piuttosto esiguo di Paesi ed è aggiornato al 1995; pertanto, oltre ad aggiungere il Belgio alla lista degli ordinamenti che omettono una disciplina costituzionale degli stati di emergenza, va precisato che, negli ultimi decenni, alcune delle Costituzioni dei Paesi menzionati sono state oggetto di revisioni, le quali hanno comportato, tra l'altro, l'introduzione di norme anche per emergenze diverse dalla guerra (è il caso di Malta e Cipro), mentre la Cost. Lussemburgo riconosce ora al Gran Duca poteri temporanei di gestione delle crisi internazionali, in casi di urgenza. Per rimanere nell'elenco dei Paesi interpellati dalla Commissione, infine, si segnala che le Cost. irlandese e lettone affiancano all'ipotesi bellica quella della ribellione o insurrezione armata.

dottesi, magari in considerazione della constatata inadeguatezza del quadro normativo preesistente²⁰.

A proposito di quanto accaduto soprattutto durante la prima fase dell'emergenza da Covid-19, la Commissione ha rilevato, nell'*Interim Report* del 2020, che, a prescindere dalla previa dichiarazione o meno dello stato di emergenza, praticamente tutti i Paesi dell'Unione europea hanno adottato interventi che hanno avuto ripercussioni, più o meno evidenti, su *rule of law*, democrazia e diritti fondamentali. In ogni caso, per riprendere la tassonomia sopra esposta, erano stati nove i paesi dell'Unione europea che avevano dichiarato lo stato di emergenza costituzionale *de iure* (Spagna, Portogallo, Bulgaria, Ungheria, Finlandia, Repubblica ceca, Estonia, Lussemburgo, Romania); la dichiarazione era stata emessa per lo più dall'esecutivo e soltanto in due Paesi (Bulgaria e Portogallo) dal parlamento²¹.

Erano stati invece cinque gli ordinamenti che, ciascuno per ragioni diverse, avevano optato per la dichiarazione dello stato di emergenza sulla base della legislazione ordinaria (Germania, Lettonia, Francia, Italia e Slovacchia), nonostante alcuni di essi dispongano di uno statuto costituzionale dell'emergenza anche piuttosto articolato (Francia, Germania e Slovacchia)²². La soluzione prescelta dall'Italia per affrontare la crisi sanitaria era definita «hybrid», producendo «a mixture of measures introduced under ordinary legislation and some under constitutional provisions». Il riferimento implicito era, evidentemente, al Codice della protezione civile, da un lato, e alla decretazione d'urgenza ai sensi dell'art. 77 Cost., dall'altro.

Infine, tredici Stati avevano fatto ricorso allo stato di emergenza *de facto*, utilizzando per lo più la legislazione ordinaria in materia di salute pubblica che era stata adattata per gestire al meglio la situazione pandemica (Austria, Belgio, Croazia, Cipro, Danimarca, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia e Svezia, oltre al Regno Unito), malgrado la Svezia abbia preferito il ricorso a raccomandazioni piuttosto che a misure legislative²³. An-

²⁰ CDL-PI (2020)005, cit., § 15 e § 29 ss.

²¹ CDL-AD (2020)018, cit., §§ 35-36.

²² CDL-AD (2020)018, cit., §§ 37-38.

²³ CDL-AD (2020)018, cit., § 41 ss.

che nell'ambito di questa categoria di Paesi, va dato atto che alcuni di essi possono contare su una disciplina costituzionale dettagliata in relazione a differenti tipologie emergenziali che però hanno scelto di non utilizzare, privilegiando l'impiego della normativa ordinaria (Lituania, Cipro, Grecia, Irlanda, Olanda e Polonia).

Per rimanere nella trattazione dei profili procedurali che devono osservarsi qualora si ricorra a stati di emergenza, sia *de iure* che *de facto*, infine, merita rilevare che quasi tutti i Paesi menzionati hanno indicato, opportunamente, un limite temporale per la durata delle misure: inizialmente stabilito per un periodo di 15-30 giorni, il termine era stato prorogato almeno una volta pressoché ovunque dal Presidente della Repubblica o dal parlamento (o dalla camera bassa) o dal governo. Soltanto in Croazia e Ungheria, le autorità preposte alla gestione dell'emergenza avevano ommesso tale indicazione, facendo leva sul fatto che, rispettivamente, la normativa subordina l'adozione degli atti necessari semplicemente al persistere della circostanza emergenziale ovvero non pone limiti alla estensione della efficacia degli atti del governo ove autorizzata dal parlamento. La mancanza di una chiara *sunset clause* induceva la Commissione a ritenere illegittima la condotta di questi Paesi e a raccomandare, per il futuro, l'attivazione di un più efficace controllo da parte degli organi legislativi, come sarà meglio precisato più avanti (§ 5).

4. (*Segue*): *i profili sostanziali*

Dichiarato o meno, l'obiettivo della instaurazione dello stato di emergenza risiede nel ripristino della normale vita sociale e istituzionale. Pertanto, le misure straordinarie devono, in ogni caso, risultare necessarie a superare la situazione critica, proporzionate allo scopo, sia in termini di severità che di estensione territoriale (c.d. proporzionalità in senso stretto), e temporanee, ossia con effetti limitati alla durata dell'emergenza ed evitando modifiche permanenti alla legislazione o alla amministrazione²⁴. In concreto, tali misure, che dovrebbero essere adottate secondo procedure partecipate e inclusive della società civile²⁵, nonché accompagnate eventualmente

²⁴ CDL-PI (2020)005, cit., §§ 10-13; CDL-AD (2020)018, § 21.

²⁵ CDL-PI (2020)005, cit., § 77.

dalla consulenza di esperti indipendenti, tendono a incidere sulla distribuzione dei poteri, tanto a livello orizzontale che verticale, e sul regime dei diritti, senza tuttavia che ciò possa tradursi, nello stato costituzionale democratico, in un aggiramento del principio del *rule of law* che deve sempre permanere.

Più precisamente, le alterazioni della forma di governo possono implicare il riconoscimento a favore dell'esecutivo di poteri particolarmente incisivi e nuovi, ma altresì di attribuzioni istituzionalmente spettanti al parlamento e trasferite al governo, le quali si sostanziano nella assunzione di atti normativi²⁶. In pratica, e anche nel silenzio di previsioni costituzionali dedicate al tema delle emergenze, si registra un rafforzamento del ruolo dell'esecutivo, che per composizione e competenze è indubbiamente l'organo più adatto a gestire situazioni che richiedono tempestività ed efficienza di azione, mentre le funzioni delle assemblee rappresentative possono essere prorogate con annesso divieto di scioglimento per l'intera durata dell'emergenza e rinvio, come si dirà tra poco, delle competizioni elettorali.

Tuttavia, la delega della funzione legislativa a favore del governo dovrebbe essere chiaramente definita quanto a finalità e contenuti, oltre ad essere delimitata nel tempo con apposito atto del parlamento²⁷. In altre parole, il principio di legalità non dovrebbe mai venire abbandonato, in modo da scongiurare il rischio di abusi connessi allo spostamento degli equilibri istituzionali. Pertanto, clausole che riconoscano al governo la facoltà di adottare "ogni misura connessa alla situazione eccezionale" andrebbero evitate. D'altra parte, il divieto di sciogliere le assemblee, frequentemente sancito per tali frangenti a livello costituzionale, vale a garantire la continuità della funzione parlamentare, sia legislativa che di controllo politico. A tal fine, e proprio per non impedire al parlamento di proseguire nello svolgimento delle sue attività, potrà rivelarsi utile l'adozione di regole speciali, come sperimentato da diversi Paesi durante la pandemia da Coronavirus (votazioni da remoto, presenza fisica ridotta nella sede del parlamento, ecc.)²⁸.

²⁶ CDL-AD (2020)018, cit., § 53.

²⁷ CDL-AD (2019)015, *Parameters on the Relationship Between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a Checklist*, §§ 119-121; CDL-AD (2020)018, cit., § 58 che, a sua volta, richiama CDL-AD (2016)007, cit.

²⁸ CDL-PI (2020)005, cit., § 76.

Ulteriore modifica istituzionale, che può trovar luogo in occasione della instaurazione dello stato di emergenza, è quella relativa al temporaneo trasferimento dei poteri di polizia in capo alle autorità militari, mentre in taluni ordinamenti tale possibilità è espressamente vietata²⁹.

Quanto all'incidenza sulla distribuzione territoriale dei poteri, negli Stati composti la gestione dell'emergenza generalmente comporta l'accentuazione del ruolo dello Stato centrale e la recessione delle autonomie³⁰, sebbene il principio della leale cooperazione dovrebbe rimanere ben saldo, sia nelle relazioni tra gli enti che tra gli organi dell'apparato statale³¹.

Non è affatto infrequente che l'ampliamento delle competenze governative, cui si accennava poc'anzi, possa riguardare il godimento dei diritti fondamentali. A questo proposito, la Commissione, alla luce dei trattati internazionali e della CEDU, rammenta la possibilità che le autorità statali facciano valere *eccezioni* al normale regime di alcuni diritti, come nel caso previsto in relazione al divieto di lavoro forzato o obbligatorio che non copre i servizi richiesti in presenza di circostanze emergenziali (art. 4, 2° co., lett. c) CEDU), oppure introducano *restrizioni* all'esercizio di diritti non assoluti o, ancora, *sospensioni* con l'osservanza delle procedure e dei limiti stabiliti dall'art. 15 CEDU e dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, già richiamati³². Ferma restando la discrezionalità dei pubblici poteri nel modulare l'impiego di questi strumenti, giova ribadire che il margine di apprezzamento non è illimitato e, anzi, il rispetto dei requisiti di legalità, necessità, proporzionalità e temporaneità si impone, in modo da realizzare il giusto bilanciamento tra l'interesse pubblico alla protezione di valori ritenuti preminenti, quali la sicurezza o la salute della collettività, e i singoli diritti che vengono compressi, senza pervenire a lederne il contenuto essenziale. A ciò si aggiunga che restrizioni e deroghe,

²⁹ CDL-STD (1995)012, cit., 19; CDL-PI (2020)005, cit., § 72.

³⁰ CDL-STD (1995)012, cit., 16; CDL-AD (2020)018, § 54.

³¹ CDL-PI (2020)005, cit., § 16 e § 61.

³² CDL-PI (2020)005, cit., § 38 ss. Ai sensi della normativa internazionale citata (cui fa eco l'art. 27 della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo del 1969), non sono in nessun caso derogabili il diritto alla vita, il divieto della tortura e della schiavitù, l'irretroattività dei reati e delle pene; il Patto aggiunge la non derogabilità del divieto di carcerazione per inadempimento contrattuale, del diritto al riconoscimento della personalità giuridica, delle libertà di pensiero, coscienza e religione.

ove effettuate, non dovrebbero risultare discriminatorie, né tali da menomare i diritti delle persone più vulnerabili, come giornalisti e blogger, minoranze, difensori dei diritti umani, membri delle forze di opposizione politica³³.

Il ventaglio dei diritti suscettibili di limitazioni in tempi di emergenza è esteso, potendo riguardare praticamente tutte le libertà costituzionalmente riconosciute e garantite: dai diritti civili e politici a quelli economici, sociali e culturali. In diversi studi, la Commissione di Venezia ha dedicato specifica attenzione alla sorte dei diritti elettorali e al fatto che un regime di emergenza può rendere opportuno il rinvio delle elezioni amministrative e politiche (presidenziali e parlamentari), così come il posticipo di referendum costituzionali e di altre consultazioni popolari³⁴. In caso di guerra o altra calamità, infatti, la garanzia di elezioni “*free and fair*” potrebbe risultare compromessa: non soltanto il materiale espletamento delle procedure di voto può risultare problematico, ma altresì lo svolgimento della campagna elettorale, l’allestimento dei comizi e dei dibattiti pubblici, mentre manipolazioni e abusi potrebbero verificarsi, specie in certi contesti, durante le operazioni di scrutinio. In sintesi, un evento emergenziale è suscettibile di condizionare e ostacolare la realizzazione di tutte le attività che dovrebbero favorire la partecipazione democratica, informata e consapevole, dei cittadini al procedimento elettorale.

L’alterazione della periodicità del voto, per non recare un *vulnerus* alla democrazia, deve, ancora una volta, essere ancorata ai principi di legalità, necessità, proporzionalità e temporaneità, accanto a ulteriori garanzie costituite, ad esempio, dalla previsione di maggioranze elevate per l’approvazione della legge che dispone il rinvio, dal coinvolgimento nella discussione di tutte le forze politiche, dalla effettività dei controlli giurisdizionali e delle Corti costituzionali. D’altra parte, si è già accennato al fatto che diverse Costituzioni vietano, proprio in tempi di emergenza, di sciogliere le assemblee rappresentative, il cui mandato viene pertanto prorogato, quantunque la limitata legittimazione democratica delle stesse dovrebbe sconsi-

³³ CDL-PI (2020)005, cit., § 44; cfr. altresì CDL-AD (2006)015, *Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations*, con riguardo a restrizioni e deroghe giustificabili nell’era del “terrorismo globale”.

³⁴ CDL-AD (2020)018, cit., § 101 ss.; CDL-PI (2020)005, cit., § 92 ss.

gliare dall'assumere decisioni (ad es. modifiche costituzionali)³⁵ che non siano esclusivamente quelle richieste per il rientro nella normalità istituzionale.

In ogni caso, prima di decidere per il posticipo delle votazioni, è opportuno che il legislatore – essendo questo il soggetto preferibilmente competente per adottare tale scelta – valuti rispetto a quale fase del procedimento elettorale è insorta l'emergenza (ad es. se tra il primo e il secondo turno elettorale), anche in ragione dei costi eventualmente già sostenuti, o se non sia possibile, eccezionalmente, assicurare lo svolgimento del voto mediante il ricorso a metodi alternativi (ad es. posta, internet, ecc.) che comunque andrebbero previsti dalla legislazione elettorale in anticipo, ossia in tempi non emergenziali³⁶.

5. *Limiti, controlli e garanzie nell'esercizio dei poteri di emergenza*

In considerazione delle deroghe che lo stato di emergenza è suscettibile di apportare al godimento dei diritti e all'equilibrio dei poteri, la Commissione di Venezia insiste sulla necessità di garantire l'operatività del sistema dei controlli. In particolare, compatibilmente con la continuità degli organi che come si è detto potrebbe conoscere una parziale compromissione in tempo di crisi, il meccanismo dei *checks and balances* e il permanere delle garanzie giurisdizionali – che rappresentano i capisaldi dello stato di diritto anche a tutela dei diritti dei cittadini – dovrebbero consentire l'effettività del sindacato, sia ad opera del parlamento che di giudici (ordinari e amministrativi) indipendenti e imparziali e delle Corti supreme o costituzionali, nonché di *ombudsman* o di altri organismi quasi-giurisdizionali ove eventualmente previsti³⁷.

³⁵ In relazione, ad esempio, a Turchia e Ungheria, che proprio in concomitanza con stati di emergenza hanno modificato la Costituzione, cfr. CDL-AD (2017)005, *Turkey. Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be Submitted to a National Referendum on 16 April 2017* e CDL (2021)029, *Hungary Opinion on the Constitutional Amendments Adopted by the Hungarian Parliament in December 2020*.

³⁶ CDL-PI (2020)005, cit., § 92 ss.; CDL-AD (2020)018, cit., § 101 ss., dedicato alle pratiche seguite in alcuni Paesi durante la pandemia.

³⁷ CDL-STD (1995)012, cit., 23 ss.; CDL-PI (2020)005, cit., §§ 79-91; CDL-PI (2020)003, cit., 14 ss.

Malgrado la naturale emarginazione (o auto-emarginazione) del parlamento a vantaggio dell'esecutivo, nelle attuali democrazie rappresentative il primo conserva (o dovrebbe conservare) nelle diverse fasi dell'emergenza il ruolo di co-decisore e supervisore rispetto alle attività del secondo, specie in caso di temporaneo trasferimento della funzione legislativa al governo. Pertanto, il ruolo del parlamento resta indelebile, non soltanto in sede di autorizzazione *ex ante* o di approvazione *ex post* degli atti governativi necessari per la gestione della crisi, ma prima ancora a proposito della decisione (generalmente governativa) di attivare lo stato di emergenza. L'approvazione a larga maggioranza e il coinvolgimento dell'opposizione in relazione alla dichiarazione e al prolungamento dello stato di emergenza, oltre che – secondo quanto già illustrato – all'eventuale rinvio delle elezioni, sono conferme della centralità dell'assemblea legislativa che andrebbe salvaguardata. Inoltre, l'attività ispettiva, da esercitare possibilmente ad intervalli regolari sull'operato dell'esecutivo e dei ministri, consente all'organo rappresentativo, nei regimi parlamentari, di far valere la responsabilità politica del governo anche mediante la revoca della fiducia.

Durante la pandemia da Covid-19, tuttavia, l'organo parlamentare è stato generalmente offuscato a fronte del protagonismo assunto dall'esecutivo, fino ad essere addirittura sospeso in taluni ordinamenti con la conseguente cessione dei poteri al governo, come rilevava con sconcerto la Commissione di Venezia³⁸. A questo proposito, ci si potrebbe chiedere se tale situazione sia stata determinata dalla necessità di reagire prontamente alla contingenza della situazione oppure dalla materiale impossibilità del parlamento di convocare le riunioni ed esercitare il ruolo che la Costituzione gli assegna. A tal fine, si è già detto che la Commissione non esclude, in simili circostanze, l'introduzione di regole procedurali apposite per contemperare la prosecuzione delle attività con l'esigenza di protezione della salute e della sicurezza (es. riunioni da remoto, riduzioni proporzionali dei membri presenti in aula, abbassamento del *quorum*). Tuttavia, il ricorso a questi espedienti non dovrebbe pregiudicare il confronto dialettico delle opinioni e il pluralismo politico che sono la base della democrazia e della rappresentanza democratica. È per questo che occorrerebbe assicurare, il più possibile, l'effettività delle riunioni plenarie in presenza.

³⁸ CDL-AD (2020)018, cit., § 64.

Il controllo giurisdizionale, generalmente attivabile *ex post*, riguarda tanto gli aspetti procedurali che sostanziali della gestione dell'emergenza e si concentra essenzialmente sulle concrete misure assunte per affrontare la situazione di crisi, mediante la verifica del rispetto dei requisiti di legalità, necessità, proporzionalità, ragionevolezza sia delle prerogative del governo che delle restrizioni inflitte al godimento di una sfera più o meno estesa di libertà individuali e collettive. In caso di sospensione, poi, il sindacato giurisdizionale vale a garantire che non siano coinvolti diritti qualificati come non derogabili. D'altra parte, l'intervento del giudice può rivolgersi altresì allo stesso atto dichiarativo dello stato di emergenza, così come agli atti di proroga, suscettibili di pervenire persino al cospetto del giudice costituzionale, come nel caso dell'*estado de alarma*, proclamato, reiterato e riproposto nuovamente con un'ulteriore proroga nel biennio 2020-2021 dal governo spagnolo durante l'emergenza sanitaria e sulla cui conformità alla Costituzione si è pronunciato, dopo la scadenza, in diverse occasioni il *Tribunal constitucional*³⁹. Altrove, a parte il generalizzato *self-restraint* delle Corti interpellate, la considerazione della natura squisitamente politica dell'atto che dichiara lo stato di emergenza tende a escludere o comunque a limitare l'intervento del giudice⁴⁰ e la verifica della legittimità costituzionale, ma non l'attivazione, quanto meno, del controllo parlamentare che dovrebbe rimanere intatto.

Infine, va segnalato che il controllo giurisdizionale non è soltanto quello domestico, potendo altresì la Corte EDU essere chiamata a intervenire per verificare il rispetto dei diritti sanciti nella CEDU, attraverso il sindacato sul corretto impiego della clausola derogatoria dell'art. 15 e sulla conformità degli atti emergenziali adottati ai criteri di necessità, proporzionalità e temporaneità, come di fatto già avvenuto in occasione di poteri straordinari originati da minacce terroristiche oltre che, più recentemente, dall'emergenza sanitaria⁴¹.

³⁹ Cfr., in particolare, STC 148/2021 e STC 183/2021, che hanno dichiarato la parziale illegittimità sia del primo (decreto reale n. 463/2020) che del secondo stato di allarme (decreto reale n. 926/2020).

⁴⁰ CDL-STD (1995)012, cit., 26 ss., che riporta gli ordinamenti nei quali il controllo giurisdizionale sull'atto dichiarativo dello stato di emergenza è precluso o limitato.

⁴¹ CDL-AD (2020)018, cit., § 80 ss. Per alcuni cenni alla giurisprudenza, anche della Corte EDU in relazione alla gestione dell'emergenza da Covid-19, sia consentito rinviare a V. PIERGIGLI, *Corti costituzionali e diritti ovvero l'onda lunga della risposta*

6. *Conclusioni: il dialogo con gli Stati e la cooperazione con le istituzioni dell'Unione europea*

Secondo l'interpretazione della Commissione di Venezia, è legittimo e doveroso che gli ordinamenti si difendano da pericoli reali o potenziali per la salute, l'ordine pubblico e la sicurezza della collettività, ma senza contraddire i principi dello stato di diritto e senza mettere in pericolo i valori della democrazia costituzionale.

Attingendo dal diritto internazionale, dal diritto comparato⁴² e dalle buone pratiche di alcuni ordinamenti, nel suo dialogo con gli Stati l'istituzione raccomanda di costituzionalizzare gli stati di emergenza, di garantire l'effettività del sistema dei controlli, sia politici che giurisdizionali, di assicurare la continuità, la trasparenza, la correttezza e la completezza dell'informazione. In particolare, la disciplina costituzionale non dovrebbe lasciare carta bianca all'esecutivo, bensì dettare una serie di limiti formali, materiali e temporali ai poteri di emergenza, così da allontanare il rischio di abusi ed evitare pericolose alterazioni del sistema delle garanzie. Meglio di uno stato di emergenza *de facto*, attivato ma non proclamato, uno stato di emergenza *de iure*, soprattutto se regolato nel testo costituzionale, risponde all'esigenza di certezza giuridica, perché consente la procedimentalizzazione dell'*iter* e permette ai pubblici poteri e ai cittadini di conoscerne durata, contenuti e obiettivi. Non solo lo stato di emergenza deve essere temporalmente definito, fatte salve eventuali proroghe approvate dal parlamento, ma altresì le singole misure, adottate dall'esecutivo sotto la costante supervisione dell'assemblea rappresentativa, non dovrebbero assumere effetti ingiustificatamente prolungati ovvero tali da determinare modifiche permanenti al *corpus* legislativo o alle strutture amministrative, così come da scongiurare sono le revisioni costituzionali realizzate in tempo di crisi.

A fronte di queste raccomandazioni, che talvolta assumono toni preoccupati per la tenuta della democrazia, l'esperienza continua a palesare condotte non sempre conseguenti. Anche in presenza di previsioni costituzionali dedicate, la proclamazione for-

istituzionale all'emergenza sanitaria. Quali prospettive per il post-pandemia, in DPCE Online, n. 1/2023, 721 ss.

⁴² Sul punto cfr., F. DURANTI, *La Commissione di Venezia e il diritto comparato*, in *Quad. cost.*, n. 2/2017, 243 ss.

male dello stato di emergenza è generalmente vista con un certo sfavore, sia perché potrebbe concorrere a esacerbare la percezione di un concreto accadimento e allarmare oltre misura l'opinione pubblica rispetto alle circostanze contingenti, sia perché sembra rimandare all'epoca in cui l'esecutivo monarchico si riteneva abilitato al recupero delle proprie prerogative in momenti di crisi, operando senza il consenso parlamentare. Ma vi è di più. Non soltanto strumenti legislativi ordinari vengono di regola preferiti a regimi manifestamente derogatori del quadro costituzionale per le ragioni anzidette, ma le misure comunque adottate – a prescindere cioè dalla dichiarazione o meno dello stato di emergenza – per gestire in via temporanea puntuali accadimenti eccezionali tendono a essere estese nel tempo, senza escludere che, con una precisa determinazione degli organi politici, esse vengano assorbite nel sistema, diventino parte organica, integrante e perfettamente integrata nella trama del tessuto normativo ordinario (una legge o un codice). È allora agevole immaginare la loro futura applicazione anche a fatti della quotidianità, per nulla eccezionali. Dietro un'aura di apparente normalità si cela una condizione di emergenza normalizzata e permanente. In un siffatto scenario, ove il discrimine tra ordinarietà e straordinarietà diventa incerto, il rischio di contraddire le libertà che si vorrebbero proteggere e di provocare una torsione insanabile ai principi dello stato di diritto può essere scongiurato soltanto mantenendo intatto, nelle democrazie mature, il circuito dei controlli, politici e giurisdizionali. Se poi la situazione di crisi costituisce l'espedito, non solo per introdurre modifiche stabili alla legislazione, ma altresì per riformare la Costituzione, il pericolo per la salvaguardia della continuità dell'ordine costituito e il mantenimento dei valori democratici può assumere connotati concreti.

A questo proposito, rilevante è il significato della cooperazione, intensificatisi negli ultimi anni, tra la Commissione di Venezia e le istituzioni dell'Unione europea⁴³. Si pensi al più volte citato *Interim Report* dell'autunno 2020, che era stato commissionato dal Presidente del Parlamento UE, al fine di far luce sulle misure prese dagli Stati membri dell'Unione per la gestione dell'emergenza sani-

⁴³ Per tutti, v. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *Annual Report of Activities 2022*, 53 ss. La Commissione di Venezia collabora, oltre che con la UE, con altre organizzazioni internazionali, tra cui ONU e OSCE.

taria e sul loro impatto su democrazia, *rule of law* e diritti fondamentali. Con la Risoluzione del 13 novembre 2020, il Parlamento UE ha richiamato esplicitamente in diversi passaggi le osservazioni riportate nell'*Interim Report*, oltre che nei documenti meno recenti sopra analizzati, ricordando che «anche in uno stato di emergenza pubblica, i principi fondamentali dello stato di diritto, della democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali devono prevalere e che tutte le misure di emergenza, le deroghe e le limitazioni sono soggette a tre condizioni generali ovvero la necessità, la proporzionalità in senso stretto e la temporaneità...»⁴⁴. Seguiva una serie di indicazioni rivolte agli Stati membri – e segnatamente a Ungheria, Polonia e Bulgaria – e riassumibili nell'invito a non abusare dei poteri di emergenza, a garantire il ruolo centrale dei parlamenti e l'efficace controllo politico e giurisdizionale, a limitare i diritti fondamentali solo ove strettamente necessario e giustificato. A tale scopo, un invito era rivolto altresì agli altri organi dell'Unione e in particolare alla Commissione UE per la prosecuzione delle sue attività di guida, coordinamento e monitoraggio degli Stati membri, a protezione dello stato di diritto democratico e dei diritti fondamentali.

Su questi aspetti insistono le relazioni annuali sullo stato di diritto che la Commissione UE pubblica a far data dal 2020 e che, insieme ai Capitoli dedicati ai singoli Paesi, fanno richiamo, implicitamente o esplicitamente, alle opinioni e ai numerosi studi elaborati dalla Commissione di Venezia. Gli argomenti impiegati e il prestigio di cui gode la Commissione di Venezia offrono alla Commissione UE continui spunti sia per la messa a fuoco dei requisiti che entrano a comporre la nozione di “stato di diritto”, sia per sostenere e rafforzare le proprie posizioni in sede di verifica del rispetto di quei requisiti⁴⁵. Considerato che la gestione delle emergenze può contribuire a determinare o aggravare la crisi dello stato di diritto,

⁴⁴ *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali* (2020/2790(RSP)).

⁴⁵ Per approfondimenti sulla relazione che intercorre tra le istituzioni UE e la Commissione di Venezia, cfr. C. CLOSA, G. HERNÁNDEZ, *El papel de las opiniones de la Comisión de Venecia en la crisis del Estado de derecho en la UE*, in J.M. CASTELLÀ ANDREU, M. MONTOBBOIO, S. GRANATA MENGHINI (dir.), *Estado de derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, Madrid, 2022, 221 ss., che focalizzano lo studio nel periodo compreso tra il 2010 e il 2021.

la Commissione UE si è avvalsa della “lezione” della Commissione di Venezia sull’impiego dei poteri di emergenza, rilevando le problematiche sottese alle condotte di alcuni Paesi, come Ungheria e Polonia, che durante la pandemia avevano limitato l’accesso alle informazioni pubbliche e ostacolato l’attività dei mezzi di informazione indipendenti⁴⁶. Ulteriori perplessità, sulla scorta di quanto già espresso dalla Commissione di Venezia, erano quelle manifestate in relazione a modi, tempi e contenuti della revisione costituzionale ungherese che, tra l’altro, proprio sugli stati di emergenza era intervenuta nel 2020 con rinvio, per la disciplina di dettaglio, a leggi cardinali e senza offrire adeguate garanzie in termini di bilanciamento dei poteri e tutela dei diritti fondamentali⁴⁷. Altrettanto condivisi erano i dubbi relativi al fatto che, sempre in Ungheria, alla dichiarazione dello stato di emergenza e alla assunzione dei pieni poteri da parte del primo ministro per fronteggiare la pandemia da Covid-19 nella primavera 2020 era seguita, nella primavera 2022, praticamente senza soluzione di continuità, l’instaurazione dello stato di emergenza originato dalla guerra russo-ucraina. Non poteva passare inosservata, nonostante la vicinanza con i territori del conflitto, neppure la scelta della Polonia, che introduceva uno stato di emergenza fortemente limitativo dei diritti di libertà⁴⁸.

In conclusione, il lavoro della Commissione di Venezia è costantemente utilizzato dalle istituzioni europee per affrontare il tema della crisi dello stato di diritto e orientare le riforme necessarie nei Paesi membri della UE. Una crisi risalente nel tempo, ma che, con la pandemia prima e la guerra russo-ucraina ora, rischia, in taluni contesti soprattutto, di mettere a repentaglio le conquiste più significative del costituzionalismo liberale, anche in considerazione delle “policrisi”⁴⁹ – economica, sociale, migratoria, umanitaria, climatica, energetica – con cui il vecchio continente, e l’intero pianeta, sono chiamati a misurarsi con sempre maggiore intensità.

⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sullo Stato di diritto 2021. La situazione dello Stato di diritto nell’Unione europea*, 21-22.

⁴⁷ V. *supra* nota 35 e quanto riferito in EUROPEAN COMMISSION, *2021 Rule of Law Report. Country Chapter on the Rule of Law Situation in Hungary*.

⁴⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sullo Stato di diritto 2022. La situazione dello Stato di diritto nell’Unione europea*, 25.

⁴⁹ Il termine, coniato negli anni ’90 del secolo scorso dal filosofo Edgar Morin, vale a designare le crisi sovrapposte o concatenate.

Abstract

Il contributo ricostruisce l'interpretazione dei poteri di emergenza tracciata dalla Commissione di Venezia e si concentra sui più significativi punti di approdo nel suo dialogo con gli Stati membri del Consiglio d'Europa. In sede conclusiva, viene altresì evidenziato il progressivo rafforzamento della cooperazione con le istituzioni dell'Unione europea, in concomitanza con l'esplosione dell'emergenza sanitaria del 2020 che ha contribuito a esacerbare, specialmente in alcuni contesti, la crisi latente del *rule of law*.

The contribution focuses on the interpretation of the emergency powers outlined by the Venice Commission and focuses on the main points of its dialogue with the Member States of the Council of Europe. In the conclusions, the progressive strengthening of cooperation with the EU institutions is also highlighted, especially after the explosion of the 2020 health emergency which contributed to exacerbate, in some contexts more than in others, the latent crisis of the rule of law.

PIERRE BRUNET

THE ELUSIVE QUEST
OF THE DEMOCRACY OF COMPROMISE.
NOTE ON THE VENICE COMMISSION'S
INTERIM OPINION ON ARTICLE 49.3
OF THE FRENCH CONSTITUTION

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The rationalization of French parliamentarism. – 3. The Constitutional Council on 49.3, clarity and sincerity. – 4. On Article 49.3, compromise and democracy.

1. *Introduction*

Between March and April 2023, France witnessed a surge of protests concerning the proposed changes to the pension system. These protests were not limited to social unrest in the streets; they also involved a significant and highly legal aspect, and led to a considerable number of press articles, authored by jurists (and not only constitutional legal scholars), in major national or local newspapers. Most of these articles primarily questioned the legal instrument that the government had chosen to use to implement its reform, namely a social security funding bill rather than an ordinary bill. These press articles also sought to convince the Constitutional Council to carry out a detailed prior examination of the law after it was voted on, following the announcement by parliamentary opposition that they would subject it to scrutiny.

As debates progressed in the National Assembly, it became clear that the government aimed to speed up the process and surpass opposition from obstructive parliamentary factions. The widespread anticipation was that the government would resort to the procedure of Article 49.3 of the Constitution, along with other simplified parliamentary methods outlined in the same constitution, to advance its agenda.

However, there was an unexpected turn when the President of the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe requested the opinion of the Venice Commission (hereinafter Commission) regarding Article 49 of the French Constitution. This request, made on April 28, 2023, was part of the regular reviews conducted by the Parliamentary Assembly to ensure member states' compliance with their obligations upon joining the Council of Europe. The opinion of the Commission adopted during the session on 9-10 June 2023 is all the more nuanced and cautious as being an "interim" opinion, with the Commission conditioning its conclusion on "a comparative analysis of the manner in which motions of no confidence and other means by which the Executive may intervene in the legislative powers of parliaments are regulated in the constitutions and legislations of its member States".

The absence of a definitive conclusion, however, does not prevent anybody from forming a fairly clear idea of the Commission's general opinion, as indicated by the formulation of the initial question which is whether "the use of Article 49.3 insofar as it allows passing a law without final parliamentary approval and, in some cases, without a real and thorough discussion of its contents violates the principles of pluralism, of separation of powers and of the sovereignty of the legislature" (§ 30).

The interpretation that the Commission gives to Article 49.3 also leads it to immediately reformulate its description: "by triggering Article 49.3, government may bypass the vote *in the plenary* of only *one chamber* (the National Assembly)" (§ 31).

We are at the heart of the issue raised by Article 49.3, about which the Commission states that:

- a) Its scope is too broad;
- b) It can be combined with other instruments, including the "guillotine" of Article 47.1;
- c) It can be viewed as "freestanding law-making power in the hands of the executive" and also "represents a significant interference by the executive in the powers and role of the legislature";
- d) It bypasses the vote in plenary session;
- e) It prevents voting confidence on a text;
- f) It freezes the text of the bill preventing any further discussion;
- g) It leaves no other option for parliamentary opposition than to vote for a motion of no confidence against the government;

b) Its use is subject to strict procedural control by the Constitutional Council with respect to the principle of clarity and sincerity of parliamentary debates.

If there is a conclusion, it is found in § 44 when the Commission writes that it is “persuaded that it would not be possible for the government to achieve the same goals by linking the question of confidence to the positive vote of the National Assembly, thereby preserving the formal requirement of adoption of the law by both chambers”.

In a way, the Commission appears to be uncovering the rationalization of French parliamentarism, which is indeed the result of a regime whose “nature” has been controversial since its inception: parliamentary, presidential, semi-presidential. In reality, the classification of this regime is secondary, especially since the classification of regimes itself lends to multiple interpretations.¹

First and foremost, I must say that I broadly agree with the Commission. I will proceed in three points. Firstly, I would like to examine the Commission’s proposal that we could achieve the same outcome with a vote of confidence on the text itself, and for that, I will emphasize the constitutional context of the famous Article 49.3. Secondly, I will examine the proposal made by the Commission that the Constitutional Council conducts a substantive review of the uses of Article 49.3 in light of the principles of clarity and sincerity in debates. Finally, I will share some reflections on the democratic nature of Article 49.3.

2. *The rationalization of French parliamentarism*

This rationalization is neither new nor unknown. Its historical and conceptual origins are well established: the aim was to put an end to the domination of Parliament that the Third and Fourth Republics had experienced. Therefore, it is useful to put Article 49.3 in its context, that of Title V of the Constitution which organizes the relationship between the Government and Parliament.

On one hand, in addition to Article 49.3, the Government has numerous tools against Parliament, including: Article 44.3 allows the Government to request a vote on all or part of the text by only

¹ R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978, *passim*.

retaining the amendments it proposes or accepts; the Government also has the power to oppose amendments proposed by parliamentarians, either because they encroach upon regulatory matters (Art. 41) or because they would have the effect of reducing public resources or creating or aggravating a public burden (Art. 40). Furthermore, the Government has the power to decide the time allotted for the examination of a legislative text, either by requesting the application of the “accelerated procedure” – where each chamber conducts only one reading of the text – or by setting a maximum duration for the examination of the entire text (Art. 47 and 47-1), and the power to set the agenda of the assemblies (Art. 48).

On the other hand, the repeated use of Article 49.3 has long been denounced by legal doctrine, whether French or foreign, as this article has over time become a means to cut short parliamentary debate even when the government has a comfortable majority. Since 1981, only one government has never used this article (Jospin, 1997-2002). The restriction introduced by the constitutional amendment of Article 49.3 in 2008 reflects that its use had come to be seen as abusive by the parliamentarians themselves. The new wording indeed distinguishes between budget and social security financing bills, for which the use is unlimited, and ordinary bills or proposals, for which the government is only entitled to one use per parliamentary session. The middle ground of this latter concession is generally considered unsatisfactory and perhaps betrays a lingering mistrust of parliamentary discussion. This restriction introduced in 2008 explains why the government headed by Élisabeth Borne as Prime Minister was forced to include its pension reform in a social security financing law, which was also criticized by both parliamentary opposition and several legal experts.

The paradox is that experience has shown – and still shows – that a vote of no confidence against the government remains very rare, if not impossible, given what is named the “majority fact”. Some have even referred to it as an “instrument of communication”² or a “derisory ritual”.³ Certainly, the current government

² B. François, *Un parlementarisme ‘rationalisé’*, in *Le régime politique de la Ve République*, Paris, La Découverte, 2011, 29-62, 41.

³ P. Avril, *Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé?*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 50, n° 1, 2016, 39-49, 47.

only having a relative majority (245 deputies whereas the absolute majority is 289), it is more exposed to it. But since a vote of no confidence against the government can lead, in return, to the dissolution of the National Assembly by the President of the Republic, every deputy is well aware of the potential cost of such a vote.

Furthermore, the President's ability to use dissolution as a response to parliamentary censure is strengthened by the fact that he was elected by direct universal suffrage and that it is clearly accepted that the government, although accountable to Parliament, is subordinate to it. This was reflected in the resignation letter that Élisabeth Borne addressed to Emmanuel Macron on January 8, 2024: "You informed me of your desire to appoint a new Prime Minister (...) As I must submit the resignation of my government, I wanted to tell you how passionate I have been about this mission...". Some might think that the letter of Article 8 of the Constitution, which states that "the President of the Republic appoints the Prime Minister [...] he terminates his functions upon the presentation by the latter of the resignation of the government" gives the Prime Minister decision-making freedom, but this would not only be believing in a literal interpretation of legal provisions but also attributing to the text a binding force that it obviously does not possess.

While it is true that by losing the power to engage the government's responsibility on any bill at any time, the Prime Minister has been deprived of an important prerogative, the government is far from paralyzed as it has numerous instruments at its disposal. Furthermore, thanks to Article 37 of the Constitution which grants it broad regulatory powers – with its scope defined residually in relation to Article 34 which delineates the domain of law – the government has a great capacity for action outside the legislative realm. Additionally, considering the ongoing denunciation of legislative inflation and the poor drafting of texts that accompanies it, one could hope that this situation of fragile majority encourages virtuous behavior, including not succumbing to the temptation of using the law to address alleged urgent social demands. These demands are often merely the result of collective but fleeting emotions, and sometimes nothing more than allegations by a government making a more symbolic than legal use of legislation (and thus of law).⁴

⁴M. García Villegas, *La Eficacia Simbólica del Derecho. Examen de situaciones*

However, the broader framework of which it is a part is similarly unique. This framework reflects the clear original distrust of the founding fathers, if not toward parliamentarism in general, then at least toward pre-1958 parliamentarism. One could argue that the historical reasons for this (very) strong rationalization are no longer relevant and that an adaptation of the Constitution is now necessary. Recently, deputies have proposed a constitutional bill aiming to “re-parliamentarize” the system by imposing on the Prime Minister the obligation to engage the Government’s responsibility on its program (Article 49.1) as in the United Kingdom or Germany and by removing Article 49.3.⁵

The Commission’s proposal is more modest, merely considering a vote of confidence on the text. Taken individually and in the abstract, these mechanisms would contribute to rebalancing the forces in favor of Parliament. Nonetheless, one must also reason concretely and consider various other parameters, among which is the fact that such a revision requires the current majority to vote for a weakening of the powers of a Government that it has decided to endorse – yet, we know how difficult it is for the incumbent power to vote against its own prerogatives or for a reduction thereof. Additionally, since 1958, the effects of rationalization on the culture of parliamentary debate, the weight of the President’s election by direct universal suffrage, the adopted mode of voting for legislative elections, and the constant strength of the argument drawn from the failure – real or presumed – of past experiences must be taken into account. Not to mention the symbolic advantages that parliamentary opposition gains from even repeated uses of Article 49.3, which serve as opportunities to denounce the “brutality of the Government against the national representation”.⁶

colombianas, Bogota, Uniandes, 1994 and Id., *Efficacité symbolique et pouvoir social du droit*, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 1, n° 34, 1995, 155-179.

⁵ Constitutional Bill from MP’s, Recorded at the Presidency of the National Assembly on March 9, 2023.

⁶ Constitutional Bill from MP’s, Recorded at the Presidency of the National Assembly on March 9, 2023, 4: “As a matter of fact, Article 49, paragraph 3, will consistently be viewed as a resort to brutality against national representation, representing a form of disdain towards the French populace. This perception persists and fuels doubt among our citizens regarding the actual authority of their elected representatives”.

3. *The Constitutional Council on 49.3, clarity and sincerity*

Undoubtedly, originally intended to maintain the divide between the legislative and regulatory realms, the Constitutional Council has crafted legal precedents indicating a significant shift towards broadening the legislative scope on this matter.

On the other hand, concerning the relationship between the Government and Parliament (Title V of the Constitution), the Constitutional Council has consistently upheld the government's prerogatives. It would be too lengthy to list all the relevant decisions, but let's highlight the key points.⁷ Since 1959, it has rejected parliamentary resolutions on the grounds that they might lead to questioning the government's responsibility outside the explicitly defined cases in the Constitution (Articles 49 and 50). In 1992, it ruled that resolutions, authorized by a constitutional law of June 25, 1992 (Article 88-4) regarding European policy, should be considered mere opinions and cannot be used to question the government's responsibility. It also limited Parliament's power to oversee government action as outlined in Article 24, which introduced the possibility of "evaluating public policies" by Parliament. However, the Constitutional Council held that while oversight of government action could lead to questioning under Article 49, evaluations of public policies cannot lead to a debate that might question the government's responsibility.

Regarding the various prerogatives of the government allowing it to control parliamentary deliberation and, if necessary, neutralize it, the Constitutional Council has naturally adopted a rationalizing interpretation in line with the spirit of the 1958 constitutional framers. Thus, in 2006 as well as in 2023, it ruled that all the prerogatives granted to the government by the Constitution in the legislative procedure (such as putting its responsibility before the National Assembly, using the "vote bloqué" mechanism, accelerating procedures, giving the final say to the National Assembly, etc.) can be used cumulatively to facilitate the adoption of a bill.⁸ Therefore, a bill can be deemed adopted by Parliament even if the National

⁷ P. Avril, *art. cit.*

⁸ Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, cons. 9 et 14 avril 2023, n° 2023-849 DC, cons. 69.

Assembly has never debated it and the Senate has rejected it.⁹ The only caveat expressed by the Constitutional Council in 2023 was noting that “the combined use of the procedures implemented had an unusual character, in response to the debate conditions” but, it concluded, “this did not render the legislative procedure unconstitutional”.

Some had hoped that the Constitutional Council would invoke the respect for the “requirements of clarity and sincerity of parliamentary debates” that it claims to monitor since 2005,¹⁰ drawing from Article 6 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 (“The law is the expression of the general will”) and the first paragraph of Article 3 of the Constitution (“National sovereignty belongs to the people who exercise it through their representatives”). The Commission itself would like to see it exercise more substantial oversight in the future.

There is serious doubt about whether it will ever be taken into account. On one hand, these “requirements” have never to date been used to restrict the prerogatives enjoyed by the Government in the legislative procedure. Their scope is very limited: they primarily serve to regulate parliamentarians’ right to amend, including the deadlines for submitting amendments or the speaking time allotted to these parliamentarians, which, unlike that of the government, can be limited.¹¹

On the other hand, one must consider the perception of the balance of powers established by the revised 1958 Constitution, profoundly altered in 1962 by the direct election of the President. Jurists often justify this election based on the powers vested in the President: it is because he is powerful that he is elected, not the other way around. However, this justification has its limits rooted in

⁹ P. Brunet, F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, La Défense, Lextenso, 2024, § 759, 767.

¹⁰ This was notably the case with the numerous contributions from constitutional law experts in national and regional newspapers, for which an exhaustive list cannot be provided.

¹¹ Cons. const., Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 4; Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, cons. 5; Décision n° 2006-537 DC du 22 juin 2006, cons. 10; Décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, cons. 2 à 6; Décision n° 2014-703 DC du 19 novembre 2014, cons. 6; Décision n° 2018-775 DC du 10 décembre 2018, cons. 4 et 9; Décision n° 2021-820 DC du 1^{er} juillet 2021, cons. 26; Décision n° 2023-854 DC du 28 juillet 2023, cons. 11.

the presupposition that the Constitution's text determines institutional practices. Yet, what we see every day is the opposite: the text of the Constitution is actually used to justify institutional practices; it does not dictate them. Consequently, this election significantly contributes to increasing the President's power to the extent that he himself justifies all his actions by this election and does not hesitate to assume the role of the entire Government.

Under these circumstances, challenging the government's prerogatives in its political relationship with Parliament would not only weaken the rationalization of parliamentarism but also diminish the role of the President, as well understood by the Venice Commission, who acts through the government. Furthermore, it doesn't matter that the text of the Constitution states that it is the government that "determines and conducts the nation's policy" and that the Prime Minister "directs its action". It also doesn't matter that this same involvement of the President in governmental action effectively nullifies the role of arbiter and guarantor of institutions attributed to him by the Constitution (Article 5), which is sometimes used to justify his direct election by universal suffrage.

Finally, one must also consider the "interpretative ideology" that translates into the style of reasoning adopted by the Constitutional Council. The Council only relies on textual arguments and strives to eliminate any form of justification that is not explicitly and strictly "legal" (based on a naively "positivist" representation of law, which is in reality purely textualist) – to the extent that its decisions are often deemed incomprehensible since they merely consist of citations from constitutional and legislative texts, as if these texts had a literal meaning and spoke for themselves.

This writing style is regularly criticized by French jurists and often mocked by foreign jurists. It may be explained by the highly political composition of the Constitutional Council: sticking to the supposedly literal sense of the text means disappearing behind it, avoiding any risk of being caught in the act of making political or axiological choices. The choice of this interpretive ideology is obviously itself highly political. And this ideology sometimes gives way to necessity as was the case in the "Covid case" (2020), when the Constitutional Council, referring to the "particular circumstances of the case", agreed to rule that an organic law was in accordance with the Constitution while the law had been enacted in blatant

contradiction of the letter of the Constitution.¹² That choice has the merit of remaining invisible because it is upstream of the legal decision rendered. And it is always this ideology that raises doubts about whether the Constitutional Council could ever change the nature of the control it exercises over the government's prerogatives.

Furthermore, there's a democratic concern at play here: given the asymmetry of Title V in the 1958 Constitution, should the Constitutional Council address this issue? If so, what justification would they have? Can we argue that the "clarity and sincerity of debates" carry enough weight on their own to warrant neutralizing Article 49.3 or at least preventing its combination with other rationalization mechanisms? Wouldn't this effectively be a constitutional revision led by judges rather than through the democratic process?

Two arguments are conceivable. The first argument in favor of an active intervention by the Constitutional Council is to attribute to the Constitution a purpose – a spirit – that justifies in advance a modification of its literal interpretation by the judge. This is how one could invoke a "critical function"¹³ of the Constitution, which would impose limits on power to prevent it from ever slipping into arbitrariness. However, the argument presupposes what it seeks to demonstrate, namely that the combined use of articles of the Constitution is arbitrary, excessive, in a word unjust, and should therefore be prohibited, even if this prohibition is not expressly stated in the text of the Constitution.

Along the same lines, a second argument could also invoke a gap: the text of the Constitution may have failed to introduce a limit on the accumulation of mechanisms rationalizing parliamen-

¹² Cons. const., Décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020 (Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19). See P. Brunet, *La confusion des circonstances. Sur le Conseil constitutionnel et l'urgence sanitaire*, AOC, May 13, 2020, <https://aoc.media/analyse/2020/05/12/la-confusion-des-circonstances-sur-le-conseil-constitutionnel-et-lurgence-sanitaire/>.

¹³ L. Fontaine, *Bilan et réflexions sur une éthique de la justice constitutionnelle à la lumière de ce qu'en font et de ce qu'en disent ses acteurs. Que doit-on attendre d'une réforme – nécessaire – du conseil constitutionnel?*, in E. Lemaire et T. Perroud (eds.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2022, 151-197; L. Fontaine, *Activer la fonction critique de la Constitution*, in AOC, June 16, 2023 Available: <https://aoc.media/analyse/2023/06/15/activer-la-fonction-critique-de-la-constitution/> [Accessed 22/01/2024].

tarism, a gap that the constitutional judge would have the duty to fill in order to conform to the nature of things or to the requirements of clarity and sincerity in parliamentary debate. This argument could be based on a statement by Michel Debré, then Minister of Justice, during the preparatory work for the Constitution, responding to objections from Paul Reynaud regarding Article 49.3, where he acknowledged that “the repeated application of this paragraph 3 every month and for several years would not only destroy the system but also governmental authority”.¹⁴ However, this would be an axiological gap, the existence of which would depend solely on the interpreter of the Constitution.

On the other hand, can one argue that a constitutional court claiming to act in the name of the rule of law can deem the cumulative use of all instruments rationalizing parliamentarism as not excessive?

Here again, two arguments can be put forward.

The first argument is based on the assertion that what is not prohibited is permitted – and this is likely how the Constitutional Council reasoned in 2006 and 2023: with no norm expressly prohibiting the cumulative use of rationalization mechanisms, it believed it could infer that such accumulation was implicitly allowed. The logical problem is that from the absence of a norm, one cannot deduce anything unless one presupposes that there is a general norm according to which the silence of the Constitution implies authorization. However, in this case, such a norm does not exist in the Constitution and has not been established by the Constitutional Council either. One might see this as a technical gap, but it remains a matter of interpretation. This inevitably leads back to the self-limitation of the Constitutional Council’s jurisdiction: the norm underlying its decision is that it is not within its competence to prohibit the Government from using the various rationalization mechanisms at its disposal as it sees fit.

A second argument, which can support the first, could be that the rule of law aims to protect the fundamental rights and freedoms of individuals rather than parliamentary groups, so the concept does not have to intervene in parliamentary debates. Given that the political opposition has a recourse against laws before the constitu-

¹⁴ Quote from the statement of reasons for the constitutional bill (PPLC).

tional court, whose conditions for exercising this recourse are very flexible in France, there is no inherent conflict between the rule of law and the government's use of its prerogatives.

4. *On Article 49.3, compromise and democracy*

The compatibility of Article 49.3 with democracy invites at least two responses that are not mutually exclusive because they address different aspects of the issue, unless one assumes there is a singular definition of the word "democracy".

When arguing for the compatibility of Article 49.3 with democracy, two main points can be made: first, this article is entrenched in a constitution endorsed by the people; second, it secures governmental stability, a vital aspect of democracy, as it allows the majority-based government to function without undue hindrance from opposition members. These arguments are occasionally amalgamated into a single line of defense.

Here, democracy is characterized by popular will. The challenge arises from the fact that this will is expressed in two distinct and conflicting manners: the "people" that voiced its will during the Constitution's adoption differs from the one represented in Parliament. So, how can it be justified that the former supersedes the latter? Furthermore, the parliamentary majority, from which the Government emerges, may not align with the majority of the population.

Both arguments are not so much met with an objection as they are with the conception of democracy held by the Commission.

The arguments supporting the incompatibility claim are those reiterated by the Commission: the use of Article 49.3 denies deputies a debate on the legislative text and, through a consequentialist line of reasoning, suggests that it shifts the confidence question from the text to the Government itself. This grants the Government what's termed "autonomous legislative power," which conflicts with the principles of pluralism, separation of powers, and legislative sovereignty. These principles, derived from a definition of democracy attributed to Anthony Grayling¹⁵ and cited by the Commission, reject

¹⁵ A.C. Grayling, *The Good State: On the Principles of Democracy*, Oneworld Publications, 2020, chap. 1. It's worth mentioning that the book primarily critiques the single-round majority electoral system adopted in Great Britain and the United States ("first past the post" or FPTP system).

the notion of identifying democracy solely with majority rule and elevate equality as the foundational principle of democracy, ensuring that no voice holds greater weight than another.

According to the Commission's opinion, in a democratic state, general norms are passed by the parliament through a legislative process that involves at least two readings, intervals between readings, and deliberations within a committee. This process, typical in bicameral systems with symmetrical powers, prevents rushed adoption of laws. Additionally, the decision-making process must be inclusive, engaging all political groups in Parliament.

The challenge is that these three "principles" lack precision and objectivity themselves; due to their nature as principles, they embody ideals rather than empirical realities. Depending on how they are defined, they can also contradict each other. For instance, if legislative sovereignty is understood as the absolute freedom to create laws without constraints, it might conflict with the principle of separation of powers. Alternatively, if legislative sovereignty implies the freedom of a majority to enact laws as desired, it could clash with the principle of pluralism. Conversely, defining pluralism as the obligation to respect every viewpoint might challenge legislative sovereignty. Therefore, achieving a balance or degree of harmony among these principles necessitates multiple value judgments. Additionally, these three principles must be reconciled with other considerations such as safeguarding fundamental rights and ensuring free elections.

It clearly emerges from the various opinions of the Commission, as well as from its interim opinion on Article 49.3 in France, that its members advocate for a concept of democracy that aligns more closely with consensus democracy than with majoritarian democracy (or Westminster democracy), as categorized by Lijphart. According to him, "The majoritarian model of democracy is exclusive, competitive, and adversarial, whereas the consensus model is characterized by inclusiveness, bargaining, and compromise".¹⁶

Based on this classification, it is straightforward to classify the French political system as a majoritarian democracy.

Yet this classification is subject to debate. While the rule of the majority and compromise may seem to be in total contradiction

¹⁶ A. Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven, 2012, 2.

with each other, they are also often closely interconnected.¹⁷ On one hand, the majority rule itself is the outcome of a compromise, as Bellamy puts it.¹⁸ For the minority to accept the majority decision, it must anticipate becoming the majority itself in the future. On the other hand, the majority rule can itself generate compromise, and numerous majority decisions stem from compromises being made. This is indeed the function, even the virtue, that Kelsen attributed to the parliamentary system whose procedures, based on the exchange of arguments, tend to achieve compromises.¹⁹

As Marvin Rintala pointed it out: “Compromise is indeed the rule and the art of the game of politics”.²⁰ However, many compromises go unnoticed. Rintala suggested a classification of political systems based on their predominant attitude towards compromise. He was contrasting a positive conception according to which “compromise is interpreted to mean adjustment to the views of others with the aim of common action” with a negative conception according to which compromise means “betrayal of one’s principles”.

¹⁷ P. Overeem, *Compromise and Majority Rule: How Their Dynamic Affects Democracy*, in S. Baume et S. Novak (eds.), *Compromises in Democracy*, London and New York Palgrave Macmillan, 2020, 47-68, 49: “Both notions, majority rule and compromise, are generally believed to be core elements of democracy, but they also seem to be squarely at odds with one another (...) they are fundamentally opposed to each other, cornerstones of two different kinds of democracy even (majoritarian and consensus democracy, as Lijphart has called them), but also that they are often closely related”; R.A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory. Expanded edition*, Chicago, 2006, 4; A. Gutmann et D. Thompson, *The Spirit of Compromise: Why Governing Demands It and Campaigning Undermines It*, Princeton, 2012, 152-160.

¹⁸ R. Bellamy, *Majority Rule, Compromise and the Democratic Legitimacy of Referendums*, in *Swiss Political Science Review*, vol. 24, n° 3, 2018, 312-319, 316: “Compromises arise either through some convergence on a mutual second-best (...) or by trade-offs that allow groups (...) to concede in areas they care less about to achieve more in areas closer to their heart”.

¹⁹ H. Kelsen, *The Essence and Value of Democracy*, ed. Nadia Urbinati and Carlo Invernizzi Accetti, transl. Brian Graf, Lanham, Rowman & Littlefield, 2013, chap. VI, 69: “After all, the entire parliamentary process, whose dialectical procedures are based on speech and counterspeech, argument and counterargument, aims for the achievement of compromise”; M. Schwartzberg, “Uncompromising Democracy”, in Jack Knight (ed.), *Compromise*, New York, 2018, 167-185, 172-173: “Paradoxically, majority rule may be more likely to generate compromise, at least in the long run, than consensus seeking institutions. Compromise neither depends upon a shift in mindset nor the motivation to achieve agreement as such; instead, it may result from majoritarian bargaining”.

²⁰ M. Rintala, *The Two Faces of Compromise*, in *The Western Political Quarterly*, vol. 22, n° 2, 1969, 326-332, 327. At the time he opposed UK to Germany. No doubt the judgement would be more nuanced today.

While the Commission wishes for the French system to eventually align with the former, it's undeniable that this is currently far from reality. Undoubtedly, it would have been ideal to have a discussion on each amendment and a definitive vote on the text rather than resorting to a "forced passage". However, can we strive for an ideal, or must we accommodate it within political realities, where parliamentary debates can sometimes lead to obstructive actions?

While it's true that Article 49.3 is sometimes used to stifle debate and is combined with other articles, it doesn't always function in this manner and doesn't consistently prevent discussions altogether.

Take, for instance, the pension reform law proposed by the government. There was indeed a debate on the text: it was introduced in the National Assembly's law committee on January 30, 2023, accompanied by 20,000 amendments. Parliamentary deliberation commenced on February 6 and was halted on February 17 when the Government invoked Article 47-1. Discussion resumed in the Senate, which passed the text on March 11 after the Government employed Article 44.3, allowing a single vote on the entire bill while bypassing amendments opposed by the government (4720 amendments were submitted). As the Senate approved a different version from the Assembly, the government called for a joint committee meeting. This committee agreed on a unified text, which was promptly voted on by the Senate on the morning of March 16. Finally, in the afternoon, the government turned to Article 49.3 at 3 p.m. and the law was definitively passed.

Regardless of the definition of democracy that one chooses, it remains quite challenging to argue that the political system of the Fifth Republic favors parliamentary discussion or a positive conception of compromise at least not as much as the Commission would like. However, this does not necessarily mean that France would inevitably and irreversibly fall under a majoritarian democracy in the sense defined by Lijphart.

Furthermore, it is even more challenging to imagine that a compromise could emerge to abolish or significantly alter the current constitution. It is not for lack of proposals from parliamentary ranks in this regard. Very recently, the Senate's working group on institutions presented 20 proposals.²¹ The latest of these proposals

²¹ Sénat, May 7, 2024 available at <https://www.senat.fr/salle-de-presse/dernieres-conferences-de-presse/page-de-detail-1/conclusions-du-groupe-de-travail-3011.html>.

consists precisely of a combination of changes aimed at “reaffirming the need for an efficient parliamentary procedure that respects Parliament’s rights”. However, it is symptomatic to note that the removal of Article 49.3 is not included – even though some members (Ecologists) of the working group were calling for it.

In the end, the key question remains whether it’s possible for member states of the Venice Commission to reach a compromise on the fundamental concept of democracy. The answer lies with the states and requires another paper.

Abstract

The Venice Commission’s interim opinion concerning the implementation of streamlined parliamentary procedures in France reveals a distinct contrast in both institutional and cultural viewpoints regarding the functions of Parliament and the constitutional court within a democracy. Despite offering a substantial foundation for contemplation, several reasons could explain why it will hardly be taken into account by current or future French governments.

Il parere provvisorio della Commissione di Venezia sulle procedure parlamentari abbreviate utilizzabili in Francia rileva un netto contrasto sia istituzionale che culturale in riferimento alle funzioni del Parlamento e della Corte costituzionale. Nonostante gli interessanti spunti di riflessione che offre, è alquanto improbabile possa essere preso in considerazione dal governo francese attuale o da quelli futuri.

FRANCESCO DURANTI

LA COMMISSIONE DI VENEZIA:
COMPARATIVE LAW IN ACTION

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le garanzie di indipendenza, imparzialità e autorevolezza della Commissione. – 3. Poteri, competenze e funzioni della Commissione di Venezia. – 4. Come lavora la Commissione: il dialogo istituzionalizzato. – 5. Come decide la Commissione: il diritto costituzionale comparato in azione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto* (d'ora innanzi, Commissione di Venezia) ha da poco compiuto i suoi primi trenta anni.

Istituita dal Consiglio d'Europa nel 1990 grazie alla decisiva intuizione di Antonio La Pergola, la Commissione di Venezia ha ormai acquisito un prestigio ed una autorevolezza riconosciuti nel panorama internazionale in materia di assistenza e consulenza costituzionale, anche ben oltre i confini del continente europeo, pur in aree ed ordinamenti distanti da quelli riconducibili alla sola tradizione giuridica occidentale¹.

Nei più recenti processi costituenti in atto (Cile), conclusi (Tunisia) o falliti (Islanda) o nelle ipotesi di ampie, significative revisioni e riforme costituzionali (tre le altre, in Bulgaria, Polonia, Ungheria, Turchia, Ucraina), la Commissione di Venezia è stata, infatti, invariabilmente chiamata a rendere la sua opera consultiva in materia, consegnando alle diverse autorità che hanno richiesto la sua consulenza pareri di grande rilevanza, non solo per i singoli ordinamenti volta per volta interessati, ma anche – ed in particolare per

¹ Per un approfondito esame analitico sull'operato della Commissione di Venezia a distanza di trenta anni dalla sua istituzione, cfr., in particolare, l'ampio volume collettaneo a cura di S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, Lund, 2020.

l'analisi che si propone in questa sede – per l'osservatore giuscomparatista².

Nel corso della sua trentennale attività, la Commissione ha, così, finito per acquisire una solida ed incontestata “reputation as an authoritative consultative body on constitutionalism and democracy”³, che le viene riconosciuta ormai pressoché in ogni parte del mondo.

Il ruolo del diritto comparato nell'attività e nei lavori della Commissione assume un rilievo di assoluto primo piano e per tale motivo appare meritevole di analisi nel presente contributo⁴.

2. *Le garanzie di indipendenza, imparzialità e autorevolezza della Commissione*

La Commissione di Venezia è stata istituita dal Consiglio d'Europa (CdE) in base ad un accordo parziale che ha consentito una progressiva adesione degli Stati che in origine avevano scelto di non partecipare: ad oggi tutti i 46 paesi componenti del CdE ne fanno parte.

Grazie ad una significativa revisione intervenuta nel corso del 2002, lo Statuto della Commissione è stato poi trasformato in accordo allargato, così da consentire anche a Stati non appartenenti al CdE di aderirvi, risultando ora 61 gli Stati complessivamente membri⁵.

² La documentazione relativa alla complessiva attività della Commissione di Venezia è consultabile nel sito web della Commissione stessa all'indirizzo *www.venice.coe.int*, dal quale sono tratti tutti i documenti richiamati in questo scritto.

³ M. de Visser, *A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform* (2015) 63 *American Journal of Comparative Law* 963.

⁴ Su ruolo e funzioni (anche pratiche) della comparazione costituzionale oggi, cfr., in particolare, G. de Vergottini, *Constitutional Law and the Comparative Method*, in J. Cremades, C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Bern, 2021, 1 ss.; T.E. Frosini, *Il metodo*, in T.E. Frosini (cur.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, II ed., 2022, 17 ss.

⁵ Oltre ai 46 membri del CdE, ne fanno attualmente parte il Kirghizistan (2004), il Cile (2005), la Corea (2006), il Marocco e l'Algeria (2007), Israele (2008), il Perù e il Brasile (2009), la Tunisia ed il Messico (2010), il Kazakistan (2012), gli USA (2013), il Kosovo (2014), la Costa Rica (2016) ed il Canada (2019). Quattro paesi (Argentina, Santa Sede, Giappone ed Uruguay) hanno lo status di osservatori (senza diritto di voto), mentre l'Unione europea, l'OSCE/ODIHR, l'Organizzazione degli Stati afri-

Ai sensi del suo Statuto istitutivo, la Commissione è un «organismo consultivo indipendente» (art. 1), composto da «esperti indipendenti che hanno raggiunto l'eccellenza per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo all'avanzamento del diritto e della scienza politica» (art. 2)⁶.

Il medesimo art. 2 ha poi cura di specificare che i componenti della Commissione partecipano ai lavori a titolo individuale e che «non possono ricevere né accettare istruzioni» da parte delle autorità di designazione – in genere gli esecutivi degli Stati membri – che nominano un componente (ed un sostituto) per un mandato di quattro anni rinnovabile (senza limiti).

Le garanzie di indipendenza ed imparzialità della Commissione sono state, in ogni caso, significativamente incrementate nel corso del 2023.

Con una importante decisione di principio deliberata durante la sessione plenaria di marzo 2023, la Commissione ha, infatti, stabilito di modificare il suo Regolamento interno⁷ e di adottare il Codice di condotta valevole per i suoi componenti (membri e sostituti) e per gli esperti coinvolti nei suoi lavori⁸.

Il nuovo testo dell'art. 3a del Regolamento prevede ora che i membri della Commissione – oltre a dover essere e a dover apparire indipendenti ed imparziali nell'esercizio delle funzioni (comma 1) – debbano formalmente prestare adesione alle norme del Codice di condotta (comma 1-bis), anche attraverso la solenne dichiarazione di cui all'art. 4 del Codice⁹.

cani, l'Autorità Nazionale Palestinese ed il Sudafrica hanno in essere speciali rapporti di cooperazione con la Commissione.

⁶ La prassi ha registrato sino ad oggi la nomina di accademici di chiara fama di diritto costituzionale, diritto comparato, diritto internazionale, scienza politica e di autorevoli componenti (anche a riposo) delle Corti costituzionali e delle Corti supreme degli Stati membri. Per un quadro aggiornato sulle caratteristiche delle nomine dei membri della Commissione nei primi trenta anni di attività, vd. C. Grabenwarter, *Standard-setting in the spirit of the European constitutional heritage*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 263-265.

⁷ *Revised Rules of Procedures*, CDL-AD(2023)013.

⁸ *Principles of Conduct for Members, Substitutes Members and Experts of the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission)*, Adopted by the Venice Commission at its 134th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2023), CDL-AD(2023)012.

⁹ "I solemnly declare that I will carry out the duties entrusted to me as a Member/Substitute Member of the Council of Europe's Venice Commission loyally and

Il medesimo art. 3a del Regolamento stabilisce, poi, che ciascun membro sia tenuto a comunicare al Segretariato della Commissione qualsiasi conflitto di interessi, anche potenziale, con le attività della Commissione e, in particolare, ogni incarico (retribuito o meno) conferitogli dall'autorità di nomina.

In caso di eventuale sussistenza di un potenziale conflitto di interessi, il Presidente può escludere dalla votazione il membro che versi in detta situazione di conflitto, mentre non è mai consentito che il componente designato da uno Stato (o con la cittadinanza di quello Stato) prenda parte alle decisioni ed alle deliberazioni che riguardano quel medesimo paese, potendo soltanto fornire mere indicazioni o chiarificazioni relative all'assetto costituzionale ed ordinamentale dello Stato in questione.

Nel Codice di condotta – applicabile a tutte le attività della Commissione – è poi specificato che i membri e gli esperti coinvolti nei lavori debbano garantire la massima professionalità, integrità e credibilità nell'esercizio delle loro funzioni, incluso il rispetto delle norme nazionali e di tutti gli obblighi di natura fiscale e finanziaria imposti dalle medesime.

Sempre a garanzia della loro indipendenza, il Codice (art. 12) stabilisce che i membri e gli esperti non debbano accettare alcun tipo di pressione o di indebita interferenza da parte di nessuna autorità pubblica od ente privato ed esercitare nella massima libertà le proprie funzioni, in modo che nulla possa influenzare la pubblica fiducia nei confronti della loro effettiva autonomia ed indipendenza.

Il Codice di condotta del 2023 impone, inoltre, un dovere di imparzialità ed obiettività, che esclude condizionamenti di natura politica o di altro genere a carico dei membri e degli esperti, i quali sono tenuti a comunicare al Presidente della Commissione, nella massima trasparenza, qualsiasi conflitto di interessi anche poten-

conscientiously, respecting the confidence placed in me. In discharging these duties and in my official conduct, I will have regard exclusively to the mission of the Commission. I will not seek or receive any instructions in connection with the exercise of my functions from any government, authority, organisation or person outside the Commission. I will refrain from any action which might reflect upon my position as a (Substitute) Member of the Commission or which might be prejudicial morally or materially to the Venice Commission and to the Council of Europe. I will abide by the Principles of Conduct for Members, Substitute members and experts of the Venice Commission”.

ziale – proprio e/o degli stretti congiunti¹⁰ – ed ogni incarico ricevuto che possa interferire con l'attività prestata nell'ambito della Commissione.

Con specifico riferimento all'attività preparatoria di un parere richiesto alla Commissione, i membri e gli esperti coinvolti non possono, come ovvio, prestare attività di assistenza e consulenza individuale (retribuita o meno) alle autorità statali che hanno inviato la richiesta di parere e sono comunque chiamati ad osservare il più stretto riserbo – in pubblico e nei social media – sulle decisioni in corso di adozione e sul contenuto delle riunioni, in seduta plenaria o ristretta, della Commissione.

In caso di presunte violazione delle norme di condotta, l'Ufficio di Presidenza invita il membro della Commissione a fornire le sue giustificazioni: se questi non le rende, o se le stesse appaiono non accettabili, la Commissione può – dopo averlo convocato per una audizione a sua difesa – con la maggioranza dei due terzi dei componenti, decidere di dichiararlo non più qualificato per l'esercizio delle funzioni (ai sensi dell'art. 2, comma 3, dello Statuto e dell'art. 1, comma 3, del Regolamento interno), invitando, per l'effetto, lo Stato che lo aveva nominato a procedere alla sua sostituzione.

Infine, ad ulteriore garanzia dell'autorevolezza e della sua competenza professionale, il Regolamento prevede l'istituzione in seno alla Commissione di Venezia di: un *Consiglio scientifico*, il cui Coordinatore ed il suo Vice sono eletti ogni due anni dalla Commissione, con il compito di «contribuire alla alta qualità e coerenza» delle sue opinioni e dei suoi studi; un *Consiglio congiunto sulla giustizia costituzionale*, composto dai rappresentanti delle Corti costituzionali cooperanti con la Commissione e dai membri della Sottocommis-

¹⁰ In una apposita nota esplicativa all'art. 15, il Codice di condotta chiarisce che il conflitto di interessi “is to be understood broadly and as referring to any material and other interest of a personal or private nature (including those of spouses/partners and close relatives* of the Member or expert), which they may have in relation to a member State of the Venice Commission other than the home jurisdiction of the (Substitute) Member or expert. Since this is not limited to purely material interests, a conflict may also arise, for instance, from membership in an organisation or club pursuing the objective of developing political/commercial and other relations with or in a member State of the Venice Commission. * Based on the Council of Europe's Staff Regulations and Staff Rules, footnote 2, “close relatives” shall be understood to include spouses, partners, ex-spouses or former partners; parents, children and siblings, including through marriage or partnership; grandparents, grandchildren, aunts, uncles and cousins”.

sione sulla giustizia costituzionale; un *Consiglio sulle elezioni democratiche*, composto da quattro membri e da quattro supplenti eletti ogni due anni dalla Commissione stessa.

3. *Poteri, competenze e funzioni della Commissione di Venezia*

La principale competenza della Commissione, legata alla sua stessa ragione istitutiva, è come noto relativa alla funzione di assistenza e consulenza costituzionale in favore dei paesi o delle istituzioni che richiedano la sua opera consultiva¹¹.

In considerazione delle finalità statutarie e della stessa origine genetica della Commissione, perciò, “constitutional reform is central to the Venice Commission’s work, including the drafting of constitutions and constitutional amendments, and legislation of a constitutional nature”¹².

In questo ambito, due appaiono le questioni di maggiore interesse, ovvero chi può attivare la richiesta di intervento della Commissione e quali sono i seguiti dei suoi pareri.

Quanto al primo aspetto, i soggetti che possono richiedere l’assistenza e la consulenza della Commissione su di un testo legislativo o costituzionale sono indicati nell’art. 3 dello Statuto e comprendono ogni Stato membro, così come ogni organismo internazionale che partecipi ai suoi lavori, oltre agli organi del Consiglio d’Europa (il Comitato dei Ministri, l’Assemblea Parlamentare, il Congresso delle Autorità Locali e Regionali ed il Segretariato Generale)¹³.

La Commissione, infatti, non ha il potere di attivarsi di propria

¹¹ L’art. 1 dello Statuto indica quali sono i compiti e gli obiettivi fondamentali della Commissione: «strengthening the understanding of the legal systems of the participating states, notably with a view to bringing these systems closer; promoting the rule of law and democracy; examining the problems raised by the working of democratic institutions and their reinforcement and development».

¹² P. Craig, *Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission* (2017) 2 *University of California Irvine (UCI) Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 57.

¹³ Sulle circa 800 *opinions* redatte dalla Commissione nei suoi primi trenta anni, quasi 200 sono risultate da richieste formulate dell’Assemblea Parlamentare del CdE, mentre “the proportion between opinions requested by states and those requested by the Parliamentary Assembly has been approximately 2 to 1 rather constantly”: così S. Granata-Menghini, M. Kuijer, *Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission’s opinions: between reality and perception*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 287.

iniziativa, ma può agire esclusivamente su impulso dei soggetti appena richiamati, sì che il perimetro della sua attività consultiva risulta chiaramente delimitato dallo stesso contenuto della richiesta di intervento.

Quanto al secondo profilo, i pareri (*opinions*) resi dalla Commissione non hanno mai effetto vincolante nei confronti del destinatario dell'attività consultiva, che resta pienamente libero di discostarsi da quanto opinato dalla Commissione, la quale, di conseguenza, fonda la sua capacità di persuasione e di influenza sulla sua consolidata competenza ed autorevolezza in materia: “the Venice Commission is a technocratic body which works through ‘soft power’, rational persuasion”¹⁴.

La capacità di offrire soluzioni poi concretamente applicate – in assenza di un effetto giuridicamente vincolante per le sue decisioni – è, del resto, la diretta conseguenza di caratteristiche istituzionali genetiche della Commissione, che includono “expertise, experience, independence and authority: authority is a consequence of expertise, experience and independence”¹⁵.

Giova, in ogni caso, sottolineare, sul punto, anche una recente riforma – pure essa introdotta con la revisione del Regolamento interno del marzo 2023 – in tema di seguito dei pareri resi dalla Commissione¹⁶.

Ai sensi del nuovo art. 14*b* del Regolamento, è ora previsto che la Commissione di Venezia possa – su espressa richiesta – adottare “*follow-up opinions*”, che fanno seguito a precedenti pareri già resi dalla Commissione, con la specifica finalità di dar conto di quanto già considerato e di quali siano state le modifiche eventualmente introdotte (o meno) nel testo normativo per conformarsi alla previa consulenza fornita.

Il successivo art. 14*c* (anch'esso introdotto nel 2023) concede poi alla Commissione la facoltà di adottare, assieme ad altre auto-

¹⁴ I. Cameron, *Venice Commission*, in J.M. Smits, J. Husa, C. Valcke, M. Narciso (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2023, 578.

¹⁵ K. Tuori, *From Copenhagen to Venice*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law. Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 225.

¹⁶ Sul seguito dei pareri da parte delle autorità richiedenti la consulenza della Commissione, cfr., in particolare, S. Granata-Menghini, M. Kuijer, *Advisory or de facto binding? Follow-up to Venice Commission's opinions: between reality and perception*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 281 ss.

rità del CdE o ad altre organizzazioni internazionali, “*joint opinions and reports*” dedicate a specifici paesi, con l’obiettivo di consolidare l’autorevolezza complessiva dei pareri e con la finalità di incrementare il seguito effettivo degli stessi da parte dei soggetti richiedenti la consulenza.

Accanto a questa principale, assorbente, attività – che costituisce, con ogni evidenza, il centro nevralgico delle competenze affidate al collegio – la Commissione svolge anche altre rilevanti funzioni.

Un ulteriore, significativo, settore di intervento è, infatti, quello legato alla elaborazione di studi transnazionali dedicati a tutte quelle problematiche di specifica rilevanza costituzionale che travalicano i confini di un singolo ordinamento e che coprono, perciò, una vasta gamma di questioni di interesse globale legate al diritto costituzionale, pubblico comparato e internazionale¹⁷.

In quest’area, la Commissione – tramite il suo Comitato scientifico – organizza numerose attività scientifiche di studio ed approfondimento, tra le quali meritano una specifica menzione i seminari periodicamente allestiti nell’ambito del programma *UniDem* (University for Democracy), così come le pubblicazioni editoriali della collana *Science and Technique of Democracy* del CdE¹⁸.

Ancora di maggiore rilievo, sempre in questo stesso settore, appare, poi, la compilazione da parte della Commissione di *report*¹⁹, studi, linee guida e *check-list* in diverse aree di interesse tematico (ad es., procedure di revisione costituzionale; separazione dei poteri; sistemi elettorali; *rule of law*; referendum; disciplina dell’emergenza; giustizia costituzionale)²⁰, che costituiscono altrettanti punti

¹⁷ Su tali ampie tematiche, vd., di recente, T.E. Frosini, *Diritto senza confini*, Napoli, 2022, 56 ss.

¹⁸ V. Volpe, voce *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche (Aggiornamento)*, Torino, 2017, 189.

¹⁹ Cfr., da ultimo, in materia di analisi comparata sulla struttura e sui poteri dei Parlamenti, l’ampio ed approfondito *Report on Bicameralism*, CDL-AD(2024)007, approvato nel corso dei lavori della sessione plenaria di marzo 2024.

²⁰ Il numero di studi, *report*, linee guida e *check-list* è ormai pressoché sterminato: per averne una idea aggiornata e complessiva è particolarmente utile la pagina del sito web della Commissione dedicata alle “*Compilations of studies and opinions*”, appunto redatte allo scopo, come si legge nella medesima pagina, “to give an overview of the doctrine of the Venice Commission in a specific field (...) intended to serve as a source of references for drafters of constitutions and of legislation, researchers as

di imprescindibile riferimento non solo per la successiva attività consultiva della stessa Commissione, ma anche per la redazione di accordi o convenzioni internazionali nelle relative materie²¹.

Pare opportuno segnalare, al proposito, che tutte queste attività seminariali, di studio e di pubblicazione – che contengono preziosi ed esaustivi approfondimenti di diritto costituzionale comparato – vengono adottate dalla Commissione prevalentemente di propria iniziativa, senza attendere la richiesta di intervento da parte di altri soggetti.

Un altro importante settore di attività svolte dalla Commissione – anche per mezzo del richiamato Comitato congiunto sulla giustizia costituzionale – è, infine, dedicato alla cooperazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e con le Corti costituzionali e con gli altri organi cui è affidata la giurisdizione costituzionale, con lo scopo di porre in diretto contatto tra loro le Corti, oltre che, più in generale, di realizzare iniziative di approfondimento sulle tematiche oggetto di specifico interesse per la giustizia costituzionale e per la tutela multilivello dei diritti fondamentali²².

Da questo punto di vista, è di particolare rilievo il rapporto che viene a svilupparsi tra la Commissione di Venezia e le Corti costituzionali in sede di richiesta, da parte loro, di *amicus curiae brief* su tematiche di diritto costituzionale comparato e di diritto internazionale, per avere un quadro autorevole ed oggettivo dei termini di riferimento sulle questioni oggetto di sindacato giurisdizionale sottoposte alle Corti stesse.

Anche la Corte EDU ha sviluppato, del resto, una consolidata prassi in materia a partire dal 2005, sia sotto forma di richiesta di *amicus curiae opinion* che di invito alla Commissione all'intervento in giudizio in qualità di terza parte (*ex art. 36, comma 2, CEDU*): “in such cases, the Commission's position is not merely cited by the ECtHR, but also influences the Court's legal reasoning. This can be seen where the ECtHR expressly mentions the Venice Commission,

well as the Venice Commission's members, who are requested to prepare comment's and opinions on such text”.

²¹ G.F. Ferrari, *Tendenze verso il costituzionalismo transnazionale*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Milano, II ed., 2023, 583 ss.

²² Sulle varie forme di cooperazione istituzionale e di confronto tra le Corti costituzionali, vd. il fondamentale saggio di G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero e comparazione*, Bologna, 2010.

as well as when it implicitly refers to it through the (sometimes almost literal) adoption of the Commission's wording"²³.

La Commissione realizza, poi, sempre in materia di giustizia costituzionale, due iniziative di sicuro interesse giuscomparatistico: la prima è il *Bulletin on Constitutional Case-Law*, che dal 1993 pubblica sintesi esplicative delle pronunce più importanti adottate da oltre sessanta Corti costituzionali o supreme nel mondo, al fine di favorire lo scambio d'informazioni tra le Corti e aiutare i giudici a risolvere le questioni giuridiche che spesso emergono simultaneamente in diversi paesi; la seconda è l'*InfoBase on Constitutional Case Law - CODICES*, una ragionata (e costantemente aggiornata) raccolta, in inglese e francese, di pronunce delle varie giurisdizioni costituzionali, strumento pensato essenzialmente come un sostegno per il lavoro comparato degli esperti in materia²⁴.

4. *Come lavora la Commissione: il dialogo istituzionalizzato*

La metodologia di lavoro della Commissione, che trova il suo fondamento nelle norme del Regolamento e nella prassi di oltre trenta anni di attività, è strettamente legata alle ragioni istitutive ed agli obiettivi fondamentali assegnati alla Commissione dal CdE.

Il Regolamento (e la successiva prassi applicativa) hanno, infatti, inteso realizzare un metodo di lavoro efficacemente flessibile e

²³ C. Grabenwarter, *Constitutional standard-setting and strengthening of new democracies*, in S. Schamhl, M. Breuer, *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford, 2017, 742.

²⁴ La piattaforma contiene dati provenienti da oltre 140 Corti costituzionali e Supreme nel mondo e costituisce "a unique source of information on comparative constitutional case-law": S.R. Dürr, *Constitutional justice - A key mission of the Venice Commission*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 219. È di interesse, poi, segnalare che a partire dal 1996, la Commissione ha stabilito una cooperazione su scala globale con una serie di associazioni regionali o linguistiche di Corti costituzionali, in particolare la Conferenza delle Corti costituzionali europee, l'Associazione delle Corti costituzionali di lingua francese, il Forum dei presidenti delle Corti dell'Africa australe, la Conferenza degli organi costituzionali di controllo dei paesi di nuova democrazia, l'Associazione delle Corti costituzionali ed istituzioni equivalenti dell'Asia, l'Unione delle Corti costituzionali e consigli arabi, la Conferenza iberoamericana sulla giustizia costituzionale, la Conferenza delle giurisdizioni costituzionali africane e la Conferenza delle Corti costituzionali dei paesi di lingua portoghese: vd., per ulteriori dettagli sul punto, V. Volpe, voce *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia)*, cit., 188.

pragmatico, allo scopo di conciliare la necessità di fornire ai soggetti richiedenti la consulenza – anche in tempi molto rapidi (si veda, al proposito la procedura per il rilascio di «*urgent opinions*»: art. 14a) – qualificati pareri tecnici, che tengano, però, in necessaria considerazione lo specifico contesto istituzionale ed ordinamentale di riferimento del paese che richiede l'*opinion*, ivi incluse le sue peculiari tradizioni giuridiche e costituzionali.

Di qui, dunque, la necessità di predisporre una articolata procedura che si fondi su di un confronto effettivo, trasparente e costante con le autorità dello Stato per il quale verrà realizzata la consulenza, che può riassumersi, in sintesi, nei seguenti elementi essenziali.

La procedura si avvia con la richiesta di consulenza da parte di una autorità nazionale (o internazionale) su di una bozza di Costituzione o di revisione costituzionale, o di altro testo normativo considerato di interesse per il richiedente: tra le autorità nazionali istanti, la prassi ha registrato più spesso iniziative ad opera di governi e parlamenti, ma non sono mancate richieste da parte di capi di Stato, Corti costituzionali ed *ombudsman*.

A seguito della richiesta, la Commissione individua un gruppo di lavoro (*working group*), composto da un numero variabile (a seconda della complessità della questione da affrontare) di relatori (*rapporteurs*): il Regolamento (art. 14) stabilisce, quanto alla scelta dei relatori, che «the criteria for the choice of the rapporteurs may include substantive expertise, knowledge of the country, linguistic skills, political autonomy and sensitivity, gender balance, and availability» e che, in casi di particolare necessità, la Commissione possa aggiungere ai membri componenti del gruppo di lavoro anche degli esperti esterni di specifica qualificazione e competenza per la consulenza richiesta.

Al gruppo di lavoro dei relatori viene fornita dal Segretariato della Commissione tutta la documentazione utile a fornire la consulenza: tra i materiali a disposizione figurano invariabilmente la precedente *doctrine* della Commissione; la pertinente giurisprudenza della Corte EDU; fonti di diritto internazionale e specifica documentazione del CdE, oltre che i più significativi studi di diritto costituzionale comparato in materia²⁵.

²⁵ Come sottolinea I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 575, gli studi di diritto costituzionale comparato risultano assiduamente consultati dai relatori designati e sono di grande utilità alla loro attività già in questa fase preliminare della procedura.

Sulla base del complesso della documentazione fornita, i relatori redigono una bozza individuale di *opinion*, che viene poi inviata a cura del Segretariato a tutti gli altri componenti della Commissione.

Terminato questo esame preliminare, il gruppo di lavoro si reca in visita presso lo Stato che ha richiesto la consulenza: questo momento rappresenta l'autentico elemento centrale della procedura.

I relatori si incontrano, infatti, con le autorità nazionali che hanno attivato la richiesta di consulenza e svolgono eventuali incontri informativi con altri soggetti portatori di interessi rilevanti per il tema oggetto di consulenza: “the primary purpose of these visits is to obtain additional information on the subject matter of the opinion and, in the case of controversial questions, to give all those involved in the conflict the opportunity to express their points of view”²⁶.

Conclusa la visita e all'esito delle consultazioni effettuate, i relatori predispongono una bozza definitiva di *opinion*, che – dopo un accurato lavoro di revisione editoriale ad opera del Segretariato – viene inviata a tutti i componenti della Commissione ed all'autorità che ha richiesto la consulenza.

Quest'ultima provvede – quasi invariabilmente – a replicare alla bozza di consulenza ricevuta con commenti scritti e documenti ulteriori (che possono anche risultare particolarmente corposi da esaminare), che vengono assegnati alla Sottocommissione competente per un attento esame e per la discussione analitica della bozza di *opinion*, con la partecipata presenza dei rappresentanti dell'autorità che ha richiesto la consulenza, i quali hanno ampia opportunità di replicare alle osservazioni dei membri.

Chiusa questa discussione partecipata – che di norma avviene il giorno prima dell'adunanza – si apre la fase della seduta plenaria della Commissione, alla quale possono prendere parte anche i rappresentanti dell'autorità richiedente la consulenza, che hanno facoltà di intervenire nella discussione, ma non di partecipare al voto finale sulla deliberazione che adotta in via definitiva la *opinion*²⁷.

²⁶ Così C. Grabenwarter, *Standard-setting in the spirit of the European constitutional heritage*, cit., 270. Tali incontri includono usualmente anche riunioni con i rappresentanti della società civile, delle principali forze politiche (anche di opposizione) e delle ONG.

²⁷ Il *quorum* per l'adozione della *opinion* è stabilito dall'art. 13 del Regolamento

La procedura si chiude, quindi, con la formale adozione della *opinion* e la sua successiva trasmissione all'autorità richiedente la consulenza, oltre alla pubblicazione nel sito web della Commissione.

Come risulta con tutta evidenza dall'analisi delle varie fasi della procedura, “the dialogue is an important part of the legitimacy of VC opinions. The VC listens carefully to any criticism from the government that it has failed to understand some element of the state's law or institutions under consideration. If it finds this criticism justified, it will modify the opinion accordingly”²⁸.

La ricerca del confronto e del dialogo con chi richiede la sua attività consultiva è la cifra costante ed autenticamente caratterizzante l'attività della Commissione, che procede attraverso una attenta opera di studio, di analisi e di ascolto di una pluralità di fonti e di voci sulla materia oggetto del suo parere, senza alcuna volontà di imposizione di scelte predefinite o preconcrete.

In questo ambito, il ruolo del diritto comparato è ovviamente di primaria importanza per i lavori della Commissione.

5. *Come decide la Commissione: il diritto costituzionale comparato in azione*

Il diritto costituzionale comparato entra nella Commissione di Venezia già a partire dalla sua composizione: lo stesso art. 2 dello Statuto istitutivo, richiede, come visto, tra i requisiti di qualificazione dei suoi membri, la più elevata competenza giuridica e di conoscenza delle istituzioni democratiche, sì che nella concreta prassi delle nomine in questi primi trenta anni di attività i professori universitari di diritto costituzionale e di diritto costituzionale comparato hanno costituito e costituiscono una delle categoria professionali più rappresentate all'interno del collegio²⁹.

e corrisponde a quello della maggioranza dei componenti della Commissione. In ogni caso, è prassi consolidata quella per cui le deliberazioni in seno alla Commissione avvengono per *consensus* all'unanimità e senza voti contrari.

²⁸ Così, efficacemente, I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 577. Pare, inoltre, opportuno segnalare che – ai sensi dell'art. 15 del Regolamento – le deliberazioni della Commissione sono definitive, salvo che pervenga da parte di un membro motivata richiesta di riesame della decisione stessa e tale richiesta venga approvata con il voto favorevole della maggioranza dei due terzi dei componenti della Commissione.

²⁹ Come ricorda S. Bartole, *Jurisprudence of the Venice Commission*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission - Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 84, “the different cultural origins of the members of the

Si è pure già visto quale fondamentale spazio abbia il diritto comparato nell'attività di studio e approfondimento delle principali questioni di interesse della Commissione in materia costituzionale, sia per la redazione di linee-guida, *check-list* e *compilation of opinions*³⁰, che per tutta l'attività di disseminazione e diffusione dei risultati degli studi stessi, ivi inclusi i seminari ed i convegni organizzati periodicamente a cura del Comitato scientifico dell'organo³¹.

L'ambito più rilevante per il diritto costituzionale comparato nelle attività della Commissione è, in ogni caso ed ovviamente, quello relativo all'adozione delle decisioni in materia di assistenza e consulenza costituzionale.

Al fine di fornire la consulenza richiesta, la Commissione – oltre ad impiegare diffusamente la giurisprudenza della Corte EDU – utilizza principalmente, allo scopo, quello che può definirsi lo “European constitutional heritage”³² che discende dalla sedimentata cultura costituzionale sviluppatasi nel continente a partire dagli albori del costituzionalismo moderno, il quale implica, da parte della Commissione, “distilling best practices from comparative constitutional law”³³, attraverso una intensa “intellectual and interpretative activity aimed at comparing those different experiences and drawing principled conclusions from the domestic choices of the European Countries”³⁴.

La ricostruzione, l'individuazione e la successiva applicazione di ciò che possa concretamente apprezzarsi quale comune patrimonio costituzionale europeo – ovvero quanto la Commissione impiega al fine di rendere l'attività di assistenza costituzionale richie-

Commission justify the peculiar attention devoted by this body to a comparative approach to the law”.

³⁰ Tutti costantemente sottoposti ad aggiornamento e revisione: cfr. ad es., *Updated compilation of Venice Commission opinions and reports concerning constitutional provisions for amending the Constitution*, Strasbourg, 31 May 2023, CDL-PI(2023)012.

³¹ L'attività convegnistica e seminariale della Commissione è intensissima: nel sito web sono indicati tutti i numerosi eventi organizzati a livello internazionale, con il contributo di associazioni scientifiche ed universitarie in ogni angolo del globo.

³² “The Venice Commission focus on the concept of European constitutional heritage is required by the need to rely on certain, commonly accepted and clear yardstick when exercising its functions”: S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford, 2020, 34.

³³ I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 578.

³⁴ S. Bartole, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 3.

sta – costituisce, del resto, una delle funzioni più attuali e di maggiore rilievo pratico della comparazione giuridica in campo costituzionale³⁵, al punto che “comparative constitutional law constituted a vital resource for the Commission”³⁶, in quanto “the Venice Commission’s business is comparative constitutional engineering, which is a very complex and delicate exercise”³⁷.

Sì che nell’attività di assistenza costituzionale praticata dalla Commissione si evidenzia con ogni nettezza tutta la centrale importanza che assume il costante impiego di “comparative arguments for the constitution-making process in various countries”³⁸.

Da una complessiva analisi degli – ormai numerosi³⁹ – pareri resi dalla Commissione, emerge un uso dinamico e, in qualche misura, ‘aperto’ della comparazione costituzionale, in quanto la Commissione non si limita ad evidenziare i principi fondamentali desumibili dal comune patrimonio costituzionale europeo, ma si preoccupa anche, non di rado, di indicare quale possa considerarsi la più efficace forma di concreta applicazione di detti principi, esponendo – quali parametri e modelli di riferimento – le migliori pratiche emergenti dalle tendenze attualmente in atto nel consolidato costituzionalismo continentale.

Da questo punto di vista, è opportuno considerare come la Commissione utilizzi con metodo appropriato il diritto costituzionale comparato⁴⁰: ben consapevole che non esista un’unica “Euro-

³⁵ Vd. G. de Vergottini, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 296 ss.

³⁶ K. Tuori, *From a European to a Universal Constitutional Heritage?* Conference on Global Constitutional discourse and Transnational Constitutional Activity, Venice Commission, 7 December 2016, CDL-PI(2016)015, 3.

³⁷ G. Buquicchio, S. Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years On. Challenges Met but New Challenges Ahead*, in M. van Rosmaelen, B. Vermeulen, F. van Hoof, M. Oosting (eds.), *Fundamental Rights and Principles. Liber Amicorum Piet van Dijk*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 246.

³⁸ H. Suchocka, *Constitutional Heritage and the Form of Government*, Conference on Global Constitutional discourse and Transnational Constitutional Activity, Venice Commission, 7 December 2016, CDL-PI(2016)017, 2.

³⁹ Dalla sua istituzione sino alla fine del 2022 la Commissione ha adottato oltre 1100 tra “country-specific opinions and general reports”: cfr. *Annual Report of Activities 2022*, CDL-AD(2023)014.

⁴⁰ Talvolta, ad esempio, utilizzando cautamente lo strumento delle *interim opinions* per approfondire con maggiore dettaglio comparativo la questione oggetto di consulenza: “before reaching its conclusions on this matter, the Commission resolves to carry out a comparative analysis of the manner in which motions of no confidence

pean best practice, the VC almost always suggest several alternative solutions, outlining their advantages and disadvantages, and the factors that should be taken into account for each”⁴¹.

Ciò in quanto, per comprendere l’effettivo rendimento di una norma, di un istituto o, più in generale, di un testo costituzionale, è necessaria un’attenta e complessiva contestualizzazione critica, metodologicamente convincente, dell’ordinamento e della radicata cultura costituzionale che lo sorregge: “comparative constitutional engineering is not about exporting models uncritically (...) the Venice Commission disposes of the knowledge and the methodological tools to identify the donor and to predict the compatibility of the beneficiary”⁴².

In questo ambito, la Commissione ha, inverò, avuto di frequente l’occasione di ribadire il suo punto di vista sul ruolo del diritto comparato in relazione all’adozione di un nuovo testo costituzionale, specificando, ripetutamente, che «each Constitution is the result of balancing various powers; comparative constitutional law cannot be reduced to identifying the existence of a provision in the Constitution of another country to justify its democratic credentials in the Constitution of one’s own country»⁴³.

Da un consapevole uso della comparazione in questa materia, consegue, perciò, che «every State has the right to choose its own political system, be it presidential or parliamentary, or a mixed system; this right is not unconditional, however; the principles of the separation of powers and of the rule of law must be respected, and this requires that sufficient checks and balances be inbuilt in the designed political system; each Constitution is a complex array of checks and balances and each provision, including those that already exist in the Constitution of another country, needs to be examined in view of its merits for the balance of powers as a whole»⁴⁴.

and other means by which the Executive may intervene in the legislative powers of parliaments are regulated in the constitutions and legislations of its member States”, *France - Interim Opinion on the article 49.3 of the Constitution*, CDL-AD(2023)024, par. 51.

⁴¹ I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 579.

⁴² G. Buquicchio, S. Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years On*, cit., 246.

⁴³ *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, CDL-AD(2013)012, par. 139.

⁴⁴ *Opinion on the Amendments to the Constitution of Turkey Adopted by the Grand National assembly on 21 January 2017*, CDL-AD(2017)005, par. 124.

Senza dimenticare che la Commissione di Venezia – il cui parere non è mai vincolante – non tenta di imporre soluzioni costituzionali ai paesi che richiedono la consulenza, limitandosi a proporre “a number of different alternative solutions, based on comparative experiences, noting the advantages and the disadvantages of each and letting the government decide”⁴⁵.

Attraverso questa complessa opera di analisi – e di successiva applicazione – dei principi fondanti il costituzionalismo contemporaneo, la Commissione di Venezia partecipa, perciò, da tempo alla diffusione ed alla circolazione delle idee costituzionali anche in ordinamenti distanti (non solo geograficamente) da quelli europei, inverando concretamente quella tendenza culturale in base alla quale il procedimento che conduce all’adozione di nuove Costituzioni “enriched the international constitutional debate and the relative constitutional processes affected not only the internal developments of the States, but also the relations between the States and international institutions”⁴⁶.

6. *Considerazioni conclusive*

Trascorsi oltre trenta anni dalla sua istituzione da parte del CdE, la Commissione di Venezia si è ormai imposta quale autentica autorità di riferimento – anche oltre i confini europei – in materia di assistenza e consulenza costituzionale a favore dei paesi e degli organismi internazionali che richiedono la sua opera consultiva⁴⁷.

La Commissione ha attivamente partecipato – sin dal tramonto dei regimi comunisti nell’Europa centro-orientale – a numerosi processi costituenti in vari paesi del mondo, fornendo il suo qualificato supporto tecnico-giuridico alle assemblee chiamate a redigere i nuovi testi costituzionali, in particolar modo in tutti quegli ordinamenti in transizione dall’autoritarismo alla democrazia, contri-

⁴⁵ I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 580.

⁴⁶ S. Bartole, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, cit., 4.

⁴⁷ Considerato che “the Venice Commission is experienced in giving advice on best practice in situations of constitutional crises”: così, di recente, A. Nussberger, *The Venice Commission and Constitutional Dilemmas*, in M. Bobek, A. Bodnar, A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, 2023, 585.

buendo in modo efficace a quella fertile contaminazione delle idee e degli istituti costituzionali che caratterizza attualmente gli ordinamenti contemporanei.

L'approccio flessibile e pragmatico ai compiti di consulenza ed assistenza costituzionale che le sono da tempo affidati, così come l'indipendenza e la elevata qualificazione scientifica e professionale dei suoi componenti, hanno così contribuito a rendere la Commissione una vera e propria istituzione di riferimento in materia⁴⁸.

Per svolgere efficacemente il complesso delle delicate funzioni che le sono attribuite, la Commissione si è avvalsa (e si avvale sempre più convintamente) della comparazione costituzionale⁴⁹, condotta, come si è visto, con particolare attenzione ai differenti contesti – costituzionali, politici e culturali – nei quali si colloca il suo intervento, senza trascurare di cogliere adeguatamente ed in profondità analogie e differenze tra gli ordinamenti, in modo tale da indicare con appropriatezza comparativa quali possano essere le conseguenze prevedibili (o auspicabili) delle scelte costituzionali che le varie autorità richiedenti la consulenza si apprestano ad adottare.

Tutto ciò è particolarmente favorito, come pure si è visto, dalla composizione stessa della Commissione, nella quale sono istituzionalmente compresenti accademici appartenenti a differenti settori disciplinari (costituzionalisti, comparatisti, internazionalisti, scienziati della politica), oltre a giudici costituzionali (in carica e a riposo), di oltre sessanta paesi, con la conseguenza di rendere la Commissione un luogo di fertile, stimolante, confronto e dialogo tra le differenti culture, politiche e costituzionali, del mondo.

Abstract

Dopo oltre trenta anni di attività dalla sua istituzione da parte del Consiglio d'Europa nel 1990, la Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (meglio nota come *Commissione di Venezia*) ha acquisito un prestigio ed un'autorevolezza riconosciuti in materia di consulenza ed assistenza costituzionale indipendente agli Stati che la richiedono an-

⁴⁸ S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, cit., 117.

⁴⁹ Sull'imponente lavoro di diritto comparato svolto oggi dalla Commissione di Venezia, cfr. anche T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022, 76.

che al di fuori del continente europeo. Il ruolo del diritto costituzionale comparato nell'attività e nei lavori della Commissione assume un rilievo di assoluto primo piano e per tale motivo appare meritevole di analisi nel presente contributo.

Set up in 1990 by the Council of Europe, the European Commission for Democracy through Law (better known as the *Venice Commission*) is an independent consultative body on issue of constitutional law. After more of thirty years of experience, the Commission played a decisive role worldwide in the adoption and implementation of constitutions in keeping with Europe's constitutional heritage. The place of comparative constitutional law in the activities and deliberations of the Commission plays a decisive role and is worthy of analysis in this paper.

FABIO GIOVAGNOLI

L'INSTANCABILE CONTRIBUTO
DELLA COMMISSIONE DI VENEZIA
PER LA TUTELA DELL'INDIPENDENZA DEI GIUDICI

SOMMARIO: 1. L'indipendenza giudiziaria e la separazione dei poteri, nel prisma del *rule of law*. – 2. La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia): una geniale intuizione nel solco di un comune patrimonio costituzionale europeo. – 2.1. (*Segue*) Introduzione. – 2.2. (*Segue*) Lo Statuto della Commissione di Venezia e le aree di intervento. – 2.3. (*Segue*) Indipendenza, imparzialità e neutralità della Commissione di Venezia. – 2.4. (*Segue*) L'affermazione della Commissione sulla scena internazionale. – 3. Gli “ingredienti” dell'indipendenza giudiziaria secondo gli standard della Commissione di Venezia. – 3.1. (*Segue*) Il (massimo) livello normativo di riferimento. – 3.2. (*Segue*) I modelli di nomina dei giudici. – 3.3. (*Segue*) Il Consiglio Giudiziario. – 3.4. (*Segue*) La responsabilità disciplinare del Giudice. – 3.5. (*Segue*) Etica e responsabilità del Giudice. – 3.6. (*Segue*) Le immunità del Giudice. – 3.7. (*Segue*) Le valutazioni di professionalità del Giudice. – 3.8. (*Segue*) Budget giudiziario e trattamento economico. – 4. L'indipendenza giudiziaria e Microstato: pregi e vulnerabilità.

1. *L'indipendenza giudiziaria e la separazione dei poteri, nel prisma del rule of law*

L'indipendenza giudiziaria riveste una importanza fondamentale per l'affermazione del principio del *rule of law*, che costituisce uno dei tre pilastri fondamentali dello Statuto del Consiglio d'Europa – assieme alla tutela dei diritti umani e della democrazia – e che assurge espressamente quale condizione di appartenenza¹.

¹ Lo Statuto del Consiglio d'Europa fa riferimento al *rule of law* in ben due occasioni. Anzitutto nel Preambolo: “*Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy*”. L'articolo 3 prevede invece che “*Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I*”.

Il *rule of law*² è dunque parte integrante del codice genetico del Consiglio d'Europa, e ne è posto a suo fondamento, così come lo è anche dell'Unione Europea³. Una vera e propria “stella polare”: un quadro organico di valori che riuniscono culture giuridiche tra loro differenti, offrendo una cornice essenziale per la reciproca tolleranza, individuale e sociale, e che oggi sono riconosciuti dalla stessa Corte di Strasburgo quali “componenti fondamentali” dell'ordine pubblico europeo⁴.

Sebbene il *rule of law* sia piuttosto pervasivo nelle legislazioni nazionali e internazionali, si tratta di un concetto scarsamente definito. Anche quando è esplicitato esso è per lo più contenuto in dichiarazioni di carattere programmatico. Se guardiamo alle fonti di rango internazionale e sovranazionale, infatti sono diffusi e assolutamente rilevanti i richiami, sebbene mediante enunciazioni indefinite che rifuggono da qualsiasi tentativo definitorio e che assumono un valore ricognitivo e storicamente sedimentato del costituzionalismo europeo e occidentale. Si tratta di una scelta non trascurabile, indubbiamente consapevole, e che ci guida verso un concetto ampio ed elastico, anche se non ambiguo, nel quale far cadere valori ed esigenze multiformi.

Se dunque la declinazione specifica dei valori e dei principi che scaturiscono dal *rule of law* può variare a livello nazionale in

² Tale contributo non intende, né potrebbe, esplorare esaurientemente le origini storiche del *rule of law* (*État de Droit, Rechtsstaat*) alla luce dei più ampi dibattiti dottrinali sul tema e della varietà di interpretazioni. Per una panoramica più approfondita si veda B.Z. TAMANAH *The Rule of Law - History, Politics, Theory* (2004), ma anche T. BINGHAM “*The rule of law*”, London, 2010; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia; tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2017, 95-127; D. ZOLO, “*Teoria e critica dello stato di diritto*”, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002; G. PALOMBELLA, “*È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*”, Bologna 2012.

³ Art. 2 TEU “*The Union is founded on the values of respect of human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect of human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail*”.

⁴ Per una pronuncia della Grande Camera sul punto, si veda *Al-Dublimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* [GC] n. 58/08, 21 giugno 2016, par. 145: “*One of the fundamental components of European public order is the principle of the rule of law, and arbitrariness constitutes the negation of that principle*”. La Corte di Strasburgo ha precisato che “*democracy constitutes a fundamental element of the ‘European public order’*”: si veda *Selabattin Demirtas c. Turchia* (N.2) [GC] *ibidem*, par. 382.

funzione dell'ordinamento costituzionale di ciascuno Stato, è tuttavia vero che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nonché dai documenti elaborati dal Consiglio d'Europa, in particolare sulla scorta dell'esperienza della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia), è comunque evincibile un elenco non esaustivo di tali principi, idoneo a definire quantomeno il nucleo essenziale del *rule of law*, nell'orbita di un comune patrimonio costituzionale europeo⁵.

Ci si riferisce in particolare ai fondamentali principi di legalità, della certezza del diritto, del divieto di arbitrarietà, l'accesso alla giustizia davanti a una corte indipendente ed imparziale, il rispetto dei diritti umani, il principio di non discriminazione e uguaglianza davanti alla legge⁶. Si tratta di elementi che, come ricorda la Commissione di Venezia, non sono solo formali ma anche sostanziali. L'impostazione che ne emerge è analitica. La stessa Commissione di Venezia ha individuato per ciascuno dei principi ulteriori sottocriteri che ne integrano il significato andando a comporre una vera e propria *check-list*⁷ dalla quale è possibile verificare il grado di conformità e di tenuta al principio del *rule of law*.

Fra questi l'indipendenza giudiziaria, che costituisce il fulcro della presente trattazione, assurge a caposaldo fondamentale. Proprio l'adeguata organizzazione del sistema giudiziario e l'indipendenza della magistratura, oggi in particolare, sono tra gli indicatori più precisi e verificabili nella tenuta del *rule of law* di un paese. Non si tratta di un rilievo meramente formale quale vincolo per gli Stati al rispetto del principio di uguaglianza e del principio di legalità, ma piuttosto sostanziale verso una reale divisione dei poteri ed una effettiva tutela dei diritti fondamentali, possibili solo garantendo l'accesso ad un giudice terzo, imparziale e soprattutto indi-

⁵ Commissione di Venezia, *Rule of Law Checklist* § 15, ove vi si precisa che la nozione di rule of law richiede "a system of certain and foreseeable law, where everyone has the right to be treated by all decision-makers with dignity, equality and rationality and in accordance with the laws, and to have the opportunity to challenge decisions before independent and impartial courts through fair procedures".

⁶ Per una analisi approfondita si veda anche Q. QERIMI, "Operationalizing and Measuring Rule of Law in an Internationalized Transitional Context: The Virtue of Venice Commission's Rule of Law Checklist" in *Law and Development Review*, 2020, Vo. 13, Issue 1, 59-94.

pendente e immune da condizionamenti interni ed esterni, di diritto o di fatto.

Si peccherebbe nel ritenere tutto ciò un utile esercizio riservato ai teorici. Al contrario è un tratto che riguarda da vicino la vita di ogni individuo nella comunità.

Per raggiungere tale ambizioso risultato è anzitutto indispensabile una valida componente *de jure*, cioè un adeguato sistema di regole e di garanzie legislative a presidio dell'attività giudiziaria e dello *status* dei giudici. Si richiede quindi l'esistenza di adeguate ed efficaci regole relative alla composizione dell'organo giurisdizionale, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di riconsiliazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo nei confronti di elementi esterni e alla sua neutralità rispetto ad interessi contrapposti⁸: il tutto affinché i giudici si trovino al riparo da interventi o da pressioni esterni che possano metterne a repentaglio l'indipendenza.

Ma non basta. L'indipendenza *de jure* sorretta da adeguati impianti normativi, deve poi essere affianca e tradotta, *de facto*, anche in coerenti ed adeguate pratiche quotidiane a presidio della stessa⁹.

È stato quindi sottolineato che senza una adeguata – ed indipendente – organizzazione del potere giudiziario integrato all'interno di una struttura democratica volta a tutelare e preservare i diritti fondamentali, lo stesso principio del *rule of law* rimarrebbe un “serbatoio” vuoto¹⁰ privo di effettività.

In uno scenario europeo dove i principi e i valori costituzionali che costituiscono il *rule of law* sono costantemente sotto pressione¹¹, sempre più frequentemente tesa ad intaccare il perimetro

⁷ Cfr. CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*.

⁸ Corte giust. UE, 19 settembre 2006, *Wilson*, C-506/04, punto 53; Corte giust. UE, 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, punto 66; Corte giust. UE, 2 marzo 2021.

⁹ Si veda *Kinsky c. Repubblica Ceca* (n.42856/06), 9 febbraio 2012, p. 98 e *Rinau c. Lituania* (n. 10926/09), 14 gennaio 2020, par. 211.

¹⁰ In tal senso R. SPANO, Conference of the Minister of Justice of the Council of Europe: “*Independence of Justice and the Rule of Law*”, Strasburgo, 9 novembre 2020; nonché Human Rights Lecture at the Justice Academy of Turkey - “*Judicial Independence - The Cornerstone of the Rule of Law*”, Ankara, 3 settembre 2020.

¹¹ M. CARTABIA, “*The rule of law and the Role of Courts*”, Italian Journal of Public Law, Vol. 10, Issue 1 (2018), 1-2.

dell'indipendenza giudiziaria¹², le istituzioni europee sono dunque chiamate ad ulteriori sforzi, ad una soglia di attenzione sempre vigile e ad un costante impegno nel preservarne e tutelarne l'integrità, in una crescente (e oramai ineludibile) dimensione dialogica, di reciproco riconoscimento, consolidamento e arricchimento.

Il presente contributo ha lo scopo di descrivere l'instancabile e fondamentale opera che ha compiuto, e copie tutt'oggi in maniera incessante, un importante – ed unico nel suo genere – organismo del Consiglio d'Europa, ovvero la Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (c.d. Commissione di Venezia), nel riconoscere e preservare l'indipendenza giudiziaria nel prisma del *rule of law*, verso la costruzione di un quadro comune di principi e valori che volgono lo sguardo, persino, oltre i confini del continente europeo.

Si tenterà di proporre, in conclusione, una breve riflessione sulla declinazione dell'indipendenza giudiziaria nel microstato: realtà che portano con sé peculiarità uniche e potenzialità da preservare, ma anche profili di vulnerabilità e limiti da conoscere e riconoscere, in una prospettiva di analisi dedicata, che si rivela preziosa anche per la stessa comunità internazionale di cui sono parte integrante.

2. *La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia): una geniale intuizione nel solco di un comune patrimonio costituzionale europeo*

2.1. *Introduzione*

La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, meglio conosciuta come Commissione di Venezia, è un organo consultivo del Consiglio d'Europa, creato su impulso del giurista

¹² In questi ultimi anni infatti entrambe le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, sono state sempre più frequentemente chiamate a pronunciarsi sulle relazioni tra *rule of law* e garanzie della magistratura: si vedano a valenza esemplificativa CGUE Caso C-286/16, *Commissione c. Ungheria*, Eu: C:2012:687; CGUE, Caso C-216/18 PPU, *Ministero della Giustizia e dell'Uguaglianza C. Celmer* (il caso 'LM), EU:C:2018:586; CGUE., ord. 15.11.2018, C-619/18, *Commissione/Polonia* (I); 5.11.2019, C-192/18, *Commissione/Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)* (III); ma anche per la Corte EDU tra le altre *Roman Zakharov v. Russia* [GC] (n. 47143/06), 4 dicembre 2015; *Baka c. Ungheria* [GC] (n. 20261/12) 23 giugno 2016.

italiano Antonio La Pergola nel 1990 ed ispirato ai valori di democrazia, diritti umani e *rule of law*, che rappresentano il codice genetico comune degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Originariamente creata come uno strumento di ingegneria costituzionale volto ad offrire sostegno tecnico, mediante giuristi indipendenti, ai Paesi dell'Europa centro-orientale in procinto di avviare i processi di riforma democratica a seguito del collasso del sistema sovietico nel biennio 1989-1991, oggi costituisce il principale organo consultivo del Consiglio d'Europa che ha svolto e svolge, un ruolo fondamentale nell'assistenza giuridica per tutti gli Stati impegnati nell'adozione (o nella revisione) di testi costituzionali e di leggi, in linea con gli standard di un comune patrimonio costituzionale europeo¹³.

Un patrimonio costituito da quell'insieme di principi comuni agli Stati membri del Consiglio d'Europa e dall'analisi comparata delle loro esperienze in materia costituzionale¹⁴, ma che non è sorretto da alcuna dettagliata descrizione in alcun documento internazionale. Ed è per questo che la Commissione di Venezia è costantemente impegnata in una intensa, importante e qualificata attività culturale e interpretativa volta a comparare le diverse esperienze in ambito costituzionale ed a trarre conclusioni di principio sulla base delle scelte dei Paesi europei¹⁵: attività che, per quanto di interesse in questa sede, si è più volte espressa con riguardo al tema dell'indipendenza giudiziaria.

Si tratta di un elemento fortemente distintivo. Nel farlo, nel corso della sua trentennale attività, la Commissione ha guadagnato una incontestata e solida reputazione¹⁶, competenza e indipendenza, che le viene oggi riconosciuta pressoché in ogni parte del mondo, ed ha acquisito una vocazione sempre più globale. Ciò è ancor più evidente alla luce delle crescenti richieste di accesso non-

¹³ Cfr. G. BUQUICCHIO, P. GARRONE. "L'harmonisation du droit constitutionnel européen: la contribution de la Commission européenne pour la démocratie par le droit" - Uniform Law Studies 1998.

¹⁴ Cfr. G. BUQUICCHIO, S. GRANATA-MENGHINI, *The Venice Commission Twenty Years On. Challenges Met but New Challenges Ahead*, 243.

¹⁵ Cfr. S. BARTOLE, *International Constitutionalism and Conditionality - The Experience of the Venice Commission*, 5.

¹⁶ In particolare "reputation as an authoritative consultative body on constitutionalism and democracy", M.D. VISSER, *A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission*, 968.

ché di assistenza da parte di Paesi sparsi in tutto il globo, attratti dall'enorme interesse suscitato dal lavoro e dai risultati raggiunti dalla Commissione, e che vedono proprio nella sua opera e nella sua reputazione un tassello fondamentale per incrementare il proprio grado di affidabilità democratica presso la comunità internazionale.

La Commissione è infatti divenuta nel tempo molto più di un attore regionale. In base al suo Statuto – ampiamente revisionato nel corso del 2002¹⁷ – la Commissione, grazie all'interesse globale che nel tempo ha suscitato il suo autorevole operato, conta n. 61 membri sparsi nel globo¹⁸, n. 4 osservatori¹⁹, e vi possono partecipare anche l'Unione Europea, l'OSCE, l'Organizzazione degli Stati Americani, il Sudafrica e l'Autorità Nazionale Palestinese. Possono inoltre prendere parte alle sessioni plenarie i rappresentanti del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e del Congresso dei Poteri Locali e Regionali, unitamente a rappresentanti della Regione Veneto. È quindi evidente che la Commissione oggi ha assunto una capacità di intervento globale operando all'interno dei più ampi e differenti scenari internazionali contemporanei di trasformazione costituzionale.

Una proiezione di incidenza e di lavoro evidentemente differenti da quelli che portarono all'originaria ideazione, ma che grazie ad una lungimirante gestione degli anni successivi, hanno condotto verso quell'inedito, quanto prezioso, risultato che è oggi la Commissione: unico organismo al mondo del suo genere, che accomuna, in un'unica sfera di analisi e di lavoro, una platea così ampia e diversificata di attori internazionali.

Oggi, il lavoro della Commissione di Venezia pare piuttosto volgere lo sguardo verso orizzonti ancora più ampi. Ciò che è degno di nota è la dimensione dialogica che la contraddistingue, e ciò che da essa ne consegue. I suoi standard infatti oggi derivano dal-

¹⁷ Resolution RES (2002) 3 *Adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law* CDL(2002)27.

¹⁸ Tra i membri diversi da quelli del Consiglio d'Europa si annoverano Brasile (2009), Cile (2005), Costa Rica (2016), Israele (2008), Kazakhstan (2012), Repubblica di Corea (2006), Kosovo (2014), Kyrgyzstan (2004), Marocco (2007), Messico (2010), Perù (2009), Tunisia (2010), Canada (2019) e Stati Uniti d'America (2013).

¹⁹ Gli osservatori sono Argentina, Città del Vaticano, Giappone e Uruguay. Spesso Paesi che hanno iniziato a collaborare in qualità di osservatori sono poi divenuti membri, come nel caso di Kazakistan, Israele, USA o Messico.

l'interazione fra esperti internazionali e autorità nazionali, fra uno spazio giuridico globale e gli ordinamenti nazionali. L'identificazione degli standard da parte della Commissione non costituisce *solo* il frutto di una efficace azione di analisi e di sintesi tecnica dei suoi componenti, ma piuttosto (e più profondamente) è la risultante di una inedita opera di comparazione di esperienze costituzionali sia rispetto a Stati appartenenti allo spazio geografico europeo, che a Stati ad esso totalmente estranei (e culturalmente differenti), verso l'identificazione di un comune patrimonio di valori in una prospettiva persino più ampia e globale²⁰, capace di affermarsi anche oltre i confini del continente europeo²¹.

È proprio questo, forse, l'obiettivo più ambizioso e straordinario che ha oggi di fronte la geniale intuizione di La Pergola, sui cui porre attenzione, e che conferma ancora una volta l'assoluto valore e l'indiscutibile unicità che nel tempo ha guadagnato la Commissione di Venezia nel contesto internazionale.

2.2. *Lo Statuto della Commissione di Venezia e le aree di intervento*

La Commissione di Venezia trova ovviamente le proprie basi nello Statuto. Per espressa previsione, fin dal suo insediamento, la Commissione ha avuto come specifico campo di azione “le garanzie offerte dal diritto al servizio della democrazia” (art. 1). Lo Statuto le affida il compito di promuovere il rafforzamento della comprensione dei sistemi giuridici degli Stati partecipanti ed il loro avvicinamento nonché la promozione della democrazia e del *rule of law*, nonché l'esame delle problematiche poste dal funzionamento delle istituzioni democratiche ed il loro sviluppo e consolidamento (art. 1.1²²). La Commissione è inoltre chiamata a dare priorità a quei

²⁰ Si che ora “*the Commission has transformed from a European club into a global, transnational, constitutional forum*” - K. TUORI *From a European to a Universal Constitutional Heritage?* Conference on *Global Constitutional Discourse and Transnational Constitutional Activity*, Venice Commission, 7 December 2016, CLP-PI (2016) 015,2.

²¹ È stato infatti affermato che “*While the Commission promotes the basic principles of the Council of Europe - democracy, the protection of human rights and the Rule of Law - it is aware that these are not only European, but truly universal values and much can be gained by exchanging not only within one continent, but also with other regions of the world*”: così R.S. DÜRR, *Constitutional Justice - A key mission of the Venice Commission*, p. 220.

²² L'art. 1.1 dello Statuto prevede che “*The European Commission for Democracy through Law shall be an independent consultative body which co-operates with the mem-*

principi e a quelle tecniche costituzionali, legislative ed amministrative funzionali all'efficienza delle istituzioni democratiche e al loro rafforzamento; a diritti e libertà fondamentali, in particolar modo quelli che consentono al partecipazione dei cittadini alla vita pubblica; a questioni concernenti il contributo dell'autogoverno locale e regionale al miglioramento della democrazia (art. 1.2²³).

Scopi ed obiettivi perseguiti con impegno ed autorevolezza nel tempo e che si sono concretamente tramutati in innumerevoli interventi a tutela dell'indipendenza giudiziaria, nel prisma del *rule of law*.

Tre sono le principali aree di intervento nella quali si svolge la complessiva attività della Commissione.

La prima, quella più distintiva, è l'opera di consulenza ed assistenza costituzionale e legislativa in favore di tutti quei paesi che ne richiedano direttamente l'intervento nei casi di adozione di nuovi testi di riforma, per assicurare e garantire il buon funzionamento delle istituzioni democratiche e la tutela dei diritti fondamentali. Si tratta di un'area di intervento assolutamente centrale nei lavori della Commissione. In tale ambito, la Commissione, oltre a rendere la propria opinione in merito alla bozza del testo che le viene sottoposta (e alla sua compatibilità rispetto agli standard discendenti dal comune patrimonio costituzionale europeo, con eventuali proposte di modifica), propone conferenze studi e pubblicazioni, intervenendo nei più vari e delicati profili di analisi (che spaziano dal bilanciamento fra i diversi poteri dello stato all'emergenza dei poteri, alle immunità parlamentari, al federalismo, ma anche in merito ai

ber states of the Council of Europe, as well as with interested non-member states and interested international organisations and bodies. Its own specific field of action shall be the guarantees offered by law in the service of democracy. It shall fulfil the following objectives: – strengthening the understanding of the legal systems of the participating states, notably with a view to bringing these systems closer; – promoting the rule of law and democracy; – examining the problems raised by the working of democratic institutions and their reinforcement and development”.

²³ L'art. 1.2 dello Statuto prevede che “*The Commission shall give priority to work concerning: a. the constitutional, legislative and administrative principles and techniques which serve the efficiency of democratic institutions and their strengthening, as well as the principle of the rule of law; b. fundamental rights and freedoms, notably those that involve the participation of citizens in public life; c. the contribution of local and regional self-government to the enhancement of democracy”.*

diritti fondamentali, libertà religiosa, protezione delle minoranze, proibizione delle discriminazioni etc.).

La seconda area di intervento è dedicata alla cooperazione e collaborazione fra le Corti costituzionali o comunque fra organi cui è affidata la giurisdizione costituzionale. Sul presupposto che proprio la giustizia costituzionale è un aspetto determinante della democrazia, della protezione dei diritti umani e del *rule of law*, l'opera della Commissione supporta e sostiene le Corti costituzionali e gli altri organi cui è affidata la giurisdizione costituzionale, favorendo il dialogo fra giudici. Ciò affinché, al di là delle inevitabili differenze dei dettati costituzionali fra i singoli paesi, le Corti costituzionali possano tra loro trovare reciproca ispirazione per ragionare e sviluppare comuni principi costituzionali (c.d. "*cross-fertilisation*"). A tale scopo la Commissione si impegna nella raccolta dei più significativi casi di decisioni rese in ambito costituzionale, e favorisce lo scambio di informazioni tra corti mediante uno specifico *forum online* ("*Venice Forum*"). Inoltre può essere chiamata a fornire su richiesta delle Corti costituzionali *amicus curiae briefs* relativamente ad aspetti di diritto internazionale comparato con riguardo a cause in corso.

Infine l'ulteriore e rilevante area di intervento in cui opera la Commissione di Venezia attiene alla materia elettorale e referendaria e ai partiti politici. Ciò perché il rispetto di adeguati standard internazionali in tali ambiti assume una valenza fondamentale per qualsiasi processo di transizione o di consolidamento costituzionale, e, più in generale, all'interno di qualsiasi società democratica. Sin dal 2002 l'impegno della Commissione in tale ambito ha trovato conferma mediante la creazione del Consiglio per le Elezioni Democratiche (CED), il cui obiettivo principale è stato quello di creare un forum di cooperazione in materia elettorale. Inoltre anche in tale area di intervento il contributo della Commissione si esprime mediante l'organizzazione di seminari, studi comparativi e redazione di standard normativi, nonché assistenza alle missioni di osservazione della APCE e alle commissioni elettorali nel periodo delle elezioni. Inoltre si adopera in attività di formazione per le medesime commissioni, partiti politici, ONG e giudici, nonché nella creazione di banche dati specifiche ("*VOTA*") ove vengono raccolte le legislazioni in materia elettorale degli Stati membri e degli altri Stati coinvolti nei lavori della Commissione.

2.3. *Indipendenza, imparzialità e neutralità della Commissione di Venezia*

Quanto alla composizione lo Statuto della Commissione prevede che ne possano fare parte autorevoli esperti indipendenti che si siano distinti per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo all'avanzamento del diritto e della scienza politica²⁴. I membri sono scelti in un numero non superiore a due (un titolare ed un sostituto) dagli esecutivi dei rispettivi paesi, fra accademici, giudici ordinari (anche a riposo) o di Corti supreme o costituzionali, o ancora da personalità con significative esperienze politiche, quali membri di parlamenti nazionali, ex ministri o alti funzionari governativi.

Indipendenza, imparzialità e neutralità sono caratteristiche imprescindibili che hanno da sempre caratterizzato l'operato della Commissione e dei suoi membri. È anzitutto autonoma ed indipendente dalla volontà delle autorità nazionali, ma è anche imparziale, verso una indispensabile equidistanza dalle parti coinvolte nei delicati processi di riforma costituzionale o legislativa.

La Commissione si è inoltre sempre impegnata al rispetto del principio di neutralità, anche nel merito delle scelte discrezionali delle autorità nazionali circa l'adozione dei modelli costituzionali e giuridici adottati in sede di riforma, nella consapevolezza che non esiste, in astratto, un unico modello costantemente valido ed efficace, ma che piuttosto ne è richiesta la giusta declinazione nel contesto nazionale di riferimento, purché la soluzione proposta sia ancorata alle migliori pratiche internazionali. Infatti, nella sua sfera di assistenza la Commissione non propone e non sceglie un modello univoco²⁵. Qualora esistano più opzioni ugualmente in linea con le migliori pratiche, la Commissione si limita indicare quale delle opzioni percorribili ritiene meglio adattabile e funzionale alla situazione nazionale, tenuto conto della necessaria presenza di pesi e contrappesi, ricorrendo agli standard di democrazia, dritti umani e

²⁴ L'art. 2 dello Statuto prevede infatti che ne possano farne parte "*independent experts who have achieved eminence through their experience in democratic institutions or by their contribution to the enhancement of law and political science*".

²⁵ Cfr. G. BUQUICCHIO, S. GRANATA-MENGHINI, *The Venice Commission Twenty Years On. Challenges Met but New Challenges Ahead*, 244 e 247.

rule of law, ma non si sostituisce nella scelta, fra valide opzioni, che è propria delle singole autorità nazionali²⁶.

2.4. *L'affermazione della Commissione sulla scena internazionale*

Tali caratteristiche hanno contribuito nel tempo all'affermazione della Commissione di Venezia sulla scena internazionale portandola ad essere, oggi, uno dei più efficaci mezzi di mediazione informale nella gestione di tensioni istituzionali, ma anche di influenza politico-giuridica del Consiglio d'Europa.

Nel suo lavoro di assistenza, la Commissione infatti analizza ed elabora le argomentazioni non solo delle autorità, ma anche dell'opposizione, della società civile e delle istituzioni indipendenti. Ciò implica che la disamina tecnica devoluta permette una forma di dialogo che si rivela essenziale nella gestione di tensioni interne aspre e conflittuali (particolarmente accentuate nelle fasi di transizione democratica).

Inoltre, nonostante i poteri della Commissione siano meramente consultivi e non vincolanti, essa è in grado di esercitare una influenza spesso decisiva sulle riforme legislative e costituzionali dei Paesi interessati.

Alla luce dell'autorevolezza acquisita risulta infatti difficoltoso per i singoli governi, discostarsi dalle sue conclusioni tecniche. Dissattenderle o ignorarle potrebbe infatti implicare pressioni di adeguamento, sia interne al paese, dalle parti sociali e politiche, ma anche esterne ad esso, rispetto a primari interlocutori internazionali (dal Consiglio d'Europa all'Unione Europea ed a altri primari *players* internazionali). Un paese recalcitrante potrebbe dover affrontare conseguenze sociali, politiche e finanziarie rilevanti.

Di tutto ciò si hanno riscontri concreti, di cui uno particolarmente significativo ai fini della presente trattazione. Ci si riferisce infatti al caso nel quale una primaria istituzione internazionale

²⁶ Si veda, ad esempio, quanto affermato della Commissione rispetto alla fondamentale scelta della forma di governo, ove si è dato più volte rilievo al fatto che trattasi di scelta politica, che spetta al paese in questione e che le varie soluzioni possono comunque essere armonizzate con gli standard europei. In particolare *CDL-AD(2004)044, Interim Opinion on Constitutional Reforms in the Republic of Armenia* § 42, e *CDL-AD(2003)019 Opinion on the three Draft Laws proposing Amendments to the Constitution of Ukraine* § 14.

(nella specie il Fondo Monetario Internazionale²⁷) ha correlato l'adozione di programmi di assistenza economico-finanziaria, al rispetto dei pareri tecnici espressi dalla Commissione di Venezia.

Tale accadimento è evidentemente significativo, per più ragioni. Anzitutto conferma la valenza ed il riconoscimento oramai globale del lavoro della Commissione di Venezia, se si considera che proprio i suoi standard sono stati adottati a parametro (per di più rispetto a programmi di assistenza economica) da parte di una primaria istituzione internazionale a carattere universale – quale è il F.M.I – composta dai governi nazionali di 190 paesi (ben oltre il numero degli Stati appartenenti al Consiglio d'Europa di cui la Commissione era iniziale espressione). Non solo, in quella sede gli standard invocati riguardavano proprio il sistema giudiziario nazionale, a conferma non solo della attualità e rilevanza di tale profilo di analisi, ma anche dell'interessenza fra tale pilastro del *rule of law* e il livello reputazionale dell'interlocutore nella comunità internazionale, anche rispetto a rilevanti questioni economico-finanziarie.

3. *Gli “ingredienti” dell'indipendenza giudiziaria secondo gli standard della Commissione di Venezia*

Sin dal suo insediamento nel 1990 la Commissione di Venezia si è sempre – ed instancabilmente – adoperata nel tentativo di individuare quelli che sono gli “ingredienti” necessari per consolidare gli elementi strutturali dell'indipendenza giudiziaria. Ciò sul presupposto che proprio la giurisdizione, sia ordinaria che costituzionale, svolge un ruolo essenziale in ogni sistema democratico che intenda definirsi tale, per un corretto bilanciamento fra poteri e per la piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

²⁷ Va infatti ricordato quanto dichiarato nel mese di dicembre dell'anno 2017 dal Managing Director del Fondo Monetario Internazionale: “*We also urge the authorities to move quickly with legislation operationalize an independent anticorruption court consistent with the recommendations of the Venice Commission of the Council of Europe, which is essential to credibly adjudicate high-level corruption cases*”. Il Fondo Monetario Internazionale condizionava i pagamenti di consistenti somme di denaro al rispetto delle raccomandazioni della Commissione di Venezia espresse nel parere prestato sul disegno di legge relativo ai tribunali anticorruzione e sul disegno di legge sulle modifiche alla legge sul sistema giudiziario e sullo status dei giudici in Ucraina (CDL-AD(2017)020).

Per la valenza del suo operato e per l'influenza che essa esercita nello scenario internazionale, verranno proposti alcuni dei rilievi tecnici resi dalla Commissione di Venezia in materia giudiziaria che rientrano a pieno titolo nella categoria del c.d. *soft law*, più volte richiamati dalle stesse Corti di Lussemburgo e Strasburgo.

Ovviamente saranno possibili solo brevi richiami, tenuto conto della varietà e della vastità dei contributi tecnici offerti negli anni che abbracciano i più differenti profili di analisi (dal livello normativo ai modelli di nomina dei giudici, dal Consiglio Giudiziario al periodo di prova dei giudici, dal giudizio disciplinare agli aspetti relativi al budget e remunerazione, ai regimi di incompatibilità, immunità e assegnazione dei casi giudiziari etc.).

Un'ulteriore premessa è d'obbligo. Anche in tale caso l'operato della Commissione non è finalizzato (né potrebbe) ad individuare ed imporre un univoco modello applicabile, la cui identificazione (e declinazione) concreta è riservata piuttosto alle peculiarità del contesto domestico. Le analisi e le raccomandazioni tecniche sono piuttosto tese ad individuare quelle misure reputate necessarie affinché sia garantito, nel concreto modello nazionale di riferimento, un effettivo ed indipendente esercizio della funzione giudiziaria in linea con le migliori pratiche internazionali, nel solco di un comune patrimonio costituzionale europeo.

3.1. *Il (massimo) livello normativo di riferimento*

La Commissione di Venezia (al pari di altri organismi europei) ha precisato, più volte, di ritenere fondamentale che i principi basilari tesi ad assicurare l'indipendenza giudiziaria siano previsti al più alto livello normativo, quindi nella Costituzione o in testi equivalenti²⁸.

Tale aspetto è stato ritenuto determinante affinché possa essere garantito il diritto all'accesso di un tribunale indipendente ed imparziale, in accordo con quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²⁹.

²⁸ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The independence of Judges*, § 22, ma anche CDL-AD(2016)015, *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of the Republic of Moldova on the Right of Recourse by the State against Judges*, §§ 48-49.

²⁹ Cfr. CDL-INF(1996)006, *Opinion on the draft Constitution of Ukraine*, § 15.

Non vi è una rigida elencazione di quali siano, nella declinazione specifica e domestica, i singoli profili di analisi da attrarre al livello costituzionale. Si è tuttavia precisato che assumono vitale rilevanza anzitutto le modalità di nomina dei giudici per garantire la loro indipendenza ed imparzialità³⁰. Rilievi espressi anche rispetto alle vicende incidenti sul rapporto di lavoro, anche disciplinari, quali sospensione, dimissioni e licenziamento dei giudici, e che includono la necessità di previsione ed individuazione di una Corte competente per eventuali impugnazioni da parte dell'interessato di decisioni sfavorevoli³¹.

La Commissione si è espressa anche rispetto ai profili di indipendenza economica, e quindi al trattamento economico e salariale dei giudici. Pur riconoscendo che tali temi possono essere condizionati da repentini mutamenti dello scenario economico, si è precisato che i principi basilari di indipendenza economica dovrebbero essere posti comunque nel testo costituzionale, quali ad esempio: la possibilità di riduzione del trattamento economico solo in caso di crisi finanziarie e dopo una commisurata riduzione dei salari in tutti gli altri settori del pubblico impiego; la garanzia di indicizzazione dei salari dei giudici in linea con il costo della vita; la quantificazione del salario allo stesso livello del trattamento economico di alcuni alti funzionari nazionali etc.³².

3.2. I modelli di nomina dei giudici

La Commissione di Venezia ha più volte analizzato i modelli nazionali di nomina dei giudici, la cui conformità è ritenuta indi-

³⁰ Cfr. CDL-AD(2008)010, *Opinion on the Constitution of Finland*, § 112, nonché CDL-AD(2019)003, *Opinion on the proposed revision of the Constitution of Luxembourg*, § 106, nonché CDL-AD(2015)045, *Interim Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary of Albania*, § 47, nonché CDL-AD(2013)010, *Opinion on the Draft New Constitution of Iceland*, § 135.

³¹ Cfr. CDL-AD(2008)010, *Opinion on the Constitution of Finland*, § 113, ma anche CDL-AD(2018)011, *Opinion on the draft amendments to the constitutional provisions on the judiciary of Serbia* § 4, ma anche CDL-AD(2016)009, *Final Opinion on the revised draft constitutional amendments on the Judiciary of Albania*, § 35, ma anche CDL-AD(2015)037, *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution of the Republic of Armenia*, 156, ma anche CDL-AD(2005)003, *Joint opinion on a proposal for a constitutional law on the changes and amendments to the Constitution of Georgia* by Venice Commission and OSCE/ODIHR, 105.

³² Cfr. CDL-AD(2017)019, *Opinion on the Draft Judicial Code of Armenia*, § 59.

spensabile per porre la magistratura in protezione da influenze esterne, in particolare dal potere esecutivo.

È stato affermato che tutte le decisioni concernenti la nomina dei giudici e della loro carriera professionale dovrebbero essere basate sul merito, applicando criteri oggettivi previsti dalla legge³³. In uno specifico caso la Commissione ha deliberato che le modalità di selezione dei giudici devono essere trasparenti, in grado di dimostrare che il reclutamento dei candidati è intervenuto in ragione dei meriti e delle qualifiche possedute ed in base ad un procedimento basato su criteri chiari e prestabiliti dalla legge³⁴.

La selezione può avvenire secondo varie modalità purché a seguito di valutazioni rigorose svolte da specifici organismi incaricati, che possono più meno coincidere con l'organo competente ad assumere la decisione finale di nomina. Inoltre, laddove esistono Consigli Giudiziari si è raccomandato che siano questi i responsabili delle procedure di selezione³⁵.

Infine, la Commissione si è dichiarata non favorevole all'utilizzo di test psicologici per il reclutamento dei giudici, nonché all'affidamento di tali prove ad esperti esterni in psicologia³⁶.

La Commissione ha più volte riconosciuto l'ampia varietà dei modelli di nomina presenti nei contesti domestici, precisando che le procedure da seguire debbano comunque guardare verso una depoliticizzazione del procedimento, e che le considerazioni politiche non debbano prevalere su criteri di merito oggettivi dei candidati³⁷.

Sul punto si è poi riscontrato che in molti Stati vi è un Consiglio Giudiziario competente per la selezione e nomina dei giudici. Questa è stata ritenuta la condizione preferibile³⁸. In tale modello è

³³ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* § 2.

³⁴ Cfr. CDL-AD(2011)019, *Opinion on the Draft Law on the Council for the Selection of Judges of Kyrgyzstan*, §§ 13-15, ma anche CDL-AD(2011)017, *Opinion on the Introduction of Changes to the Constitutional Law "On the Status of Judges" of Kyrgyzstan*, § 74.

³⁵ Cfr. CDL-AD(2023)032, *Republic of Moldova - Joint opinion on the draft Law on the anti-corruption judicial system and on amending some normative acts*, § 53.

³⁶ Cfr. CDL-AD(2019)008, *Opinion on the Draft Law on the Judicial Council of North Macedonia*, § 16.

³⁷ Cfr. CDL-AD(2021)043, *Opinion on three bills reforming the judiciary of Cyprus*, § 33.

³⁸ Cfr. CDL-AD(2007)028, *Report on Judicial Appointments by the Venice Commission*, §§ 2-3.

fondamentale la presenza di un Consiglio Giudiziario indipendente, che abbia decisiva influenza nelle decisioni relative alla nomina dei giudici³⁹.

In alcuni Stati la selezione dei giudici al primo incarico o la loro promozione avviene sotto la responsabilità del Capo dello Stato o del potere esecutivo o di entrambi. Tale eventualità, in relazione a determinate culture giuridiche, è stata ritenuta possibile sebbene con cautela, a condizione che l'indipendenza sia comunque garantita⁴⁰ e che i soggetti nominati siano liberi da influenze o pressioni nello svolgimento del loro ruolo giudiziario.

In altri paesi i giudici vengono eletti dal Parlamento. Sul punto la Commissione ha ritenuto tale eventualità non appropriata rispetto alla nomina dei giudici ordinari⁴¹, mentre l'ha ritenuta possibile per l'elezione dei giudici costituzionali sebbene con cautela, tenuto conto che, a fronte di una legittimazione democratica, persistono comunque pericoli di politicizzazione nel caso in cui il potere di nomina venga esercitato con un coinvolgimento non solo formale⁴².

Infine, la Commissione ha messo in guardia rispetto a – invero estremamente rari – modelli che prevedono l'elezione diretta dei giudici da parte della popolazione, tenuto conto che ciò implicherebbe una campagna di elezione o, peggio ancora, che i partiti politici intervengano per loro con un rischio di un conseguente condizionamento.

3.3. *Il Consiglio Giudiziario*

Sebbene la Commissione abbia più volte ribadito l'assenza di un singolo modello univocamente applicabile, ha precisato che la presenza di un Consiglio Giudiziario (o di un organo simile) indipendente e competente per le decisioni di nomina e sulla carriera

³⁹ Cfr. CDL-AD(2007)028, *Report on Judicial Appointments by the Venice Commission*, § 23 e 25.

⁴⁰ Cfr. CDL-AD(2009)059, *Interim Opinion on the Draft Constitutional Amendments of Luxembourg*, § 114.

⁴¹ Cfr. CDL-AD(2021)048, *Serbia - Urgent opinion on the revised draft constitutional amendments on the judiciary*.

⁴² Cfr. CDL-AD(2015)008, *Preliminary Opinion on the Draft Law on amending the Law on the Judicial System and the Status of Judges of Ukraine*, § 50-51.

dei giudici costituisce una soluzione appropriata per garantirne l'indipendenza⁴³.

È stata raccomandata una composizione mista, fra togati e membri laici, al fine di un necessario bilanciamento che possa evitare un approccio corporativo⁴⁴. Ciò nella considerazione che il controllo di qualità e di imparzialità della giustizia non costituisce interesse particolare dei giudici ma piuttosto un interesse generale della comunità⁴⁵.

Si è precisato che una parte sostanziale dei membri, o anche la maggioranza di essi, dovrebbe essere composta da giudici eletti dai loro pari in rappresentanza di differenti livelli e Corti⁴⁶. Quanto alla parte laica, è stata raccomandata l'assenza di politici attivi membri del Parlamento⁴⁷, mentre è stata riconosciuta la possibilità che la restante parte possa essere eletta dal Parlamento per suffragare una legittimazione democratica, fra persone con appropriate competenze legali⁴⁸ e appartenenti alla società civile⁴⁹ (quali accademici, professori, avvocati etc.⁵⁰).

Quanto alla eventuale presenza del Ministro alla Giustizia, la Commissione non ne ha raccomandato l'esclusione in ragione del fatto che egli ha la responsabilità politica verso il Parlamento. Ha tuttavia evidenziato che non dovrebbe avere diritto di voto o comunque non dovrebbe partecipare al processo decisionale rispetto a determinate deliberazioni, come quelle riguardanti il trasferimento di giudici o le procedure disciplinari⁵¹.

⁴³ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 32.

⁴⁴ Cfr. CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*, § 82.

⁴⁵ Cfr. CDL-AD(2014)008, *Opinion on the draft Law on the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina*, §§ 32-35.

⁴⁶ Cfr. CDL-AD(2012)024, *Opinion on two Sets of draft Amendments to the Constitutional Provisions relating to the Judiciary of Montenegro*, § 23.

⁴⁷ Cfr. CDL-AD(2007)028, *Report on Judicial Appointments by the Venice Commission*, § 32.

⁴⁸ Cfr. CDL-AD(2007)028, *Report on Judicial Appointments by the Venice Commission*, § 29.

⁴⁹ Cfr. CDL-AD(2018)003, *Opinion on the Law on amending and supplementing the constitution (Judiciary) of the Republic of Moldova*.

⁵⁰ Cfr. CDL-AD(2002)012, *Opinion on the Draft Revision of the Romanian Constitution*, § 66.

⁵¹ Cfr. CDL-AD(2007)028, *Report on Judicial Appointments by the Venice Commission*, § 33.

Quanto alla presidenza del Consiglio, la Commissione ha ritenuto necessario che essa sia esercitata da un soggetto imparziale, che non appartenga a partiti politici. Nei sistemi ove i membri togati costituiscono la maggioranza del Consiglio ha raccomandato che il Presidente sia scelto fra i membri laici⁵², per un equo bilanciamento, mentre ha ritenuto ammissibile che la presidenza sia affidata, nei sistemi parlamentari, al Capo dello Stato in ragione del ruolo di terzietà e dei poteri formali attribuiti⁵³.

La Commissione ha ritenuto fondamentale che i membri del Consiglio abbiano sufficiente esperienza pratica nel loro lavoro (ritenendo adeguati, in un caso specifico, 7 anni⁵⁴), ed ha raccomandato che i lavori del Consiglio vengano svolti secondo modalità trasparenti, in modo da informare il pubblico circa le attività compiute⁵⁵.

3.4. *La responsabilità disciplinare del Giudice*

La Commissione ha più volte evidenziato l'indubbia rilevanza delle regole sulla responsabilità disciplinare dei giudici poiché ritenute direttamente incidenti sulla loro effettiva indipendenza. Per questo ha evidenziato che l'azione disciplinare dovrebbe ancorarsi ai più alti standard e proiettarsi verso una depoliticizzazione del procedimento.

Ha quindi precisato che, ove sussistente, il Consiglio Giudiziario dovrebbe avere decisiva influenza sia per la promozione dei giudici, che per l'adozione di misure disciplinari.

Sebbene si sia riscontrata l'assenza di una uniformità di approccio fra i vari modelli nazionali, la Commissione ha comunque affermato che le regole applicabili dovrebbero ancorarsi a principi basilari, fra i quali: l'espressa e dettagliata previsione legislativa delle condotte integranti la violazione disciplinare e delle sanzioni applicabili; la presenza di un equo procedimento in contraddittorio con il giudice interessato; l'irrogazione della sanzione secondo il

⁵² Cfr. CDL-AD(2018)011, *Opinion on the draft amendments to the constitutional provisions on the judiciary of Serbia*, § 66.

⁵³ Cfr. CDL-AD(2015)028, *Report on Judicial Appointments by the Venice Commission*, § 35.

⁵⁴ Cfr. CDL-AD(2008)006, *Opinion on the Draft Law on the High Judicial Council of the Republic of Serbia*, § 51.

⁵⁵ Cfr. CDL-AD(2014)008, *Opinion on the Draft Law on the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina*, § 71.

principio di proporzionalità, nonché il diritto a ricorrere avverso la decisione disciplinare⁵⁶.

Ha poi raccomandato un linguaggio normativo chiaro che eviti oscure formulazioni degli illeciti disciplinari, che possano favorire abusive interpretazioni e applicazioni⁵⁷.

In un'ulteriore occasione ha specificato che i tipi di condotte sanzionabili dovrebbero essere descritte con sufficiente dettaglio in una legge avente valore costituzionale ed ha precisato che il Codice Etico può costituire un valido ausilio supplementare nell'interpretazione della norme sulla responsabilità, sebbene non possa costituire l'unico strumento di regolamentazione del fenomeno⁵⁸.

Quanto all'attività interpretativa dei giudici attuata in contrasto con la giurisprudenza consolidata è stato precisato che essa, di per sé, non dovrebbe costituire motivo di sanzione disciplinare a meno che non sia commessa in malafede, con l'intento di trarre vantaggio o danneggiare una delle parti nel procedimento o in conseguenza di colpa grave⁵⁹.

È stato poi raccomandato che l'avvio del procedimento disciplinare sia basato su elementi di fatto con fonti affidabili, e che la decisione di avvio menzioni il contesto fattuale verificabile che ha portato all'inizio del procedimento⁶⁰, ma anche che avverso la decisione disciplinare sia prevista la possibilità di ricorso a un organismo superiore indipendente espressamente previsto dalla legge, che decida con le garanzie del procedimento⁶¹.

3.5. *Etica e responsabilità del Giudice*

La Commissione di Venezia ha raccomandato che i giudici non dovrebbero porsi in una posizione in cui la loro indipendenza possa essere messa in discussione: per tale ragione sono state ritenute giu-

⁵⁶ Cfr. CDL-AD(2016)009, *Final Opinion on the revised draft constitutional amendments on the Judiciary of Albania*, § 34.

⁵⁷ Cfr. CDL-AD(2016)009.

⁵⁸ Cfr. CDL-AD(2015)042, *Opinion on the Laws on the Disciplinary Liability and Evaluation of Judges of "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, § 16.

⁵⁹ Cfr. CDL-AD(2015)042, *Opinion on the Laws on the Disciplinary Liability and Evaluation of Judges of "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, § 44.

⁶⁰ Cfr. CDL-AD(2015)042, *Opinion on the Laws on the Disciplinary Liability and Evaluation of Judges of "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, § 81.

⁶¹ Cfr. CDL-AD(2015)042, *Opinion on the Laws on the Disciplinary Liability and Evaluation of Judges of "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, § 96.

stificabili le regole nazionali implicanti limitazioni all'esercizio di altre funzioni, nonché di attività politiche⁶².

Si è poi aggiunto che i giudici dovrebbero comportarsi in modo rispettabile anche nella loro vita privata, sebbene sia difficile stabilire in modo preciso le norme di comportamento, tenuto conto della costante evoluzione dei valori etici di un dato paese⁶³.

In un ulteriore caso la Commissione ha precisato che i giudici dovrebbero esprimere critiche con cautela circa l'operato dei colleghi e che comunque dovrebbero astenersi da dichiarazioni o osservazioni pubbliche che possano minare l'autorità della Corte o far sorgere nei terzi ragionevoli dubbi circa la loro imparzialità⁶⁴.

Sebbene vi siano paesi in Europa (e altrove) che hanno raggiunto alti standard di condotta dei giudici senza l'adozione di un codice di condotta o etico, la Commissione ha evidenziato l'importanza della loro adozione. Ha precisato che tali regole di condotta non dovrebbero tuttavia scaturire da un atto legislativo e che dovrebbero essere direttamente i giudici e le loro organizzazioni, ad assumersi la responsabilità della loro implementazione.

È stato specificato che lo scopo di un codice etico è diverso da quello raggiunto da una procedura disciplinare e che l'utilizzo del codice come strumento disciplinare potrebbe avere implicazioni incidenti sull'indipendenza della magistratura. Tuttavia ha chiarito, sul punto, che gravi violazioni delle regole etiche potrebbero implicare anche colpa e atti di negligenza passibili, a norma di legge, di responsabilità disciplinare e che per questo vi è interazione tra i principi di condotta etica e quelli di responsabilità disciplinare dei giudici. Per questo ha precisato che, al fine di evitare insidie all'indipendenza di un determinato giudice mediante l'applicazione di regole etiche generali e talvolta vaghe, le sanzioni dovrebbero comunque basarsi su disposizioni espresse di legge e dovrebbero essere applicate proporzionalmente⁶⁵.

⁶² Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 8.

⁶³ Cfr. CDL-AD(2014)018, *Joint opinion of the Venice Commission and OSCE/ODIHR on the draft amendments to the legal framework on the disciplinary responsibility of judges in the Kyrgyz Republic*, § 29.

⁶⁴ Cfr. CDL-AD(2013)035, *Opinion on the draft Code on Judicial Ethics of the Republic of Tajikistan*, §§ 65-66.

⁶⁵ Cfr. CDL-AD(2013)035, *Opinion on the draft Code on Judicial Ethics of the Republic of Tajikistan*, §§ 8,12-13, 15-16, 30-31 nonché CDL-AD(2018)033, *Opinion*

3.6. *Le immunità del Giudice*

La Commissione ha raccomandato che i giudici siano protetti da influenze esterne mediante il riconoscimento di immunità funzionali, e non solo funzionali⁶⁶. Tali immunità, si è precisato, dovrebbero essere riconosciute in egual misura in favore di tutti i giudici, indipendentemente se siano essi membri di Corti superiori o inferiori⁶⁷.

In tale contesto si è ritenuto ragionevole che i giudici possano beneficiare di forme di protezione rispetto ad azioni civili per atti compiuti in buona fede nell'esercizio delle loro funzioni. All'opposto, sono state ritenute irragionevoli forme generali di immunità che, in quanto tali, tutelerebbero i giudici anche rispetto al compimento di atti criminali, di cui essi devono invece rispondere davanti ad una Corte⁶⁸.

È stato ulteriormente precisato che il regime di immunità dei giudici non costituisce una prerogativa o un privilegio personale di un giudice. Qualora si tratti di crimini intenzionali, come la corruzione, l'indipendenza della magistratura non può costituire una causa di giustificazione e quindi l'eventuale trattamento speciale riservato ai magistrati dovrebbe essere strettamente limitato all'immunità funzionale per gli atti compiuti in buona fede nell'esercizio delle funzioni, ma non dovrebbe estendersi alla commissione di reati⁶⁹.

3.7. *Le valutazioni di professionalità del Giudice*

Anche in tale materia la Commissione ha riscontrato l'assenza di uniformità di approccio fra i vari modelli nazionali, che non sempre prevedono valutazioni individuali di professionalità per i giudici.

Ad ogni modo, incidendo direttamente sul rapporto di lavoro e in particolare sulla carriera dei giudici, la Commissione ha racco-

on the draft law amending the law on Courts of "the former Yugoslav Republic of Macedonia", nonché CDL-AD(2016)013, Opinion on the draft Code on Judicial Ethics of the Republic of Kazakhstan, §§ 6-7.

⁶⁶ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 61.

⁶⁷ Cfr. CDL-AD(1995)074rev, *Opinion on the Albanian law on the organisation of the judiciary*, p.2.

⁶⁸ Cfr. CDL-AD(2003)012, *Memorandum: Reform of the Judicial System in Bulgaria*, § 15.

⁶⁹ Cfr. CDL-AD(2022)003, *Opinion on the draft law on the dismantling of the section for investigating criminal offences within the judiciary of Romania* § 21.

mandato che, ove sussistenti, tali valutazioni vengano compiute dalla magistratura e non dal potere esecutivo, con grande cura, secondo criteri di valutazione chiari e predeterminati⁷⁰.

È stato poi aggiunto che le periodiche valutazioni di professionalità costituiscono importanti strumenti per i giudici per migliorare il loro lavoro, e possono anche essere utilizzate per le promozioni professionali. Tali valutazioni dovrebbero essere primariamente qualitative, focalizzate sulle competenze e qualità professionali dei giudici, nonché personali e sociali⁷¹. Per fare tutto ciò la Commissione ha più volte ritenuto preferibile attribuire maggiore rilevanza ai criteri qualitativi rispetto a quelli quantitativi, perché ha ritenuto che proprio nei primi rientrino le attitudini più importanti che i giudici dovrebbero possedere, come le conoscenze e le competenze professionali e personali⁷².

Per quanto attiene il profilo quantitativo, è stato precisato che nel caso in cui un giudice subisce un aumento del carico di lavoro, sarebbe ingiusto valutare l'operato sulla sola percentuale di cause decise senza analizzare adeguatamente le ragioni dell'aumento del carico di lavoro. Si è poi aggiunto che compiere la valutazione in base alla durata media dei procedimenti affidati costituirebbe una soluzione non esaustiva, poiché tale durata potrebbe anche essere relazionata ad una maggiore cura del lavoro da parte di un giudice rispetto ad un collega più celere⁷³.

Infine, la Commissione si è espressa rispetto alla frequenza della valutazione ritenendo, nel caso di specie, due anni un periodo eccessivamente breve, implicante effetti potenzialmente negativi sull'indipendenza e sull'efficienza dell'operato dei giudici⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. CDL-AD(2005)066, *Opinion on Draft Constitutional Amendments concerning the Reform of the Judicial System in "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, § 30.

⁷¹ Cfr. CDL-AD(2011)012, *Joint Opinion on the constitutional law on the judicial system and status of judges of Kazakhstan by the Venice Commission and OSCE/ODIHR*, § 55.

⁷² Cfr. CDL-AD(2014)007, *Joint opinion on the draft law amending and supplementing the judicial code (evaluation system for judges) of Armenia*, §§ 37-40, 42-43, 49-50, 77-78.

⁷³ Cfr. CDL-AD(2019)008, *Opinion on the Draft Law on the Judicial Council of North Macedonia*, §§ 43-45.

⁷⁴ Cfr. CDL-AD(2018)022, *Opinion on the law amending the law on the Judicial Council and on the law amending the law on Courts of "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, § 47.

3.8. *Budget giudiziario e trattamento economico*

Se già mediante la Raccomandazione Rec(2010)12⁷⁵ il Comitato dei Ministri ha invitato gli Stati membri a stanziare adeguate risorse, strutture e attrezzature adeguate per le Corti, la Commissione di Venezia ha fatto un ulteriore passo in avanti.

Nella disamina di tali profili ha anzitutto raccomandato che la magistratura sia destinataria di risorse appropriate per permettere alle Corti ed ai giudici di poter essere all'altezza degli standard stabiliti dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, tenuto conto che l'integrità e l'efficienza risultano essenziali per promuovere la fiducia del pubblico della giustizia⁷⁶.

È dovere dello Stato fornire le risorse finanziarie adeguate al sistema giudiziario, e ciò deve avvenire anche in tempi di crisi economica, visto che il buon funzionamento e l'indipendenza della magistratura non devono essere messi in pericolo. In tale contesto le risorse finanziarie non dovrebbero essere riconosciute e attribuite in base a decisioni discrezionali, ma piuttosto mediante oggettivi e trasparenti criteri di assegnazione⁷⁷.

Infine va riconosciuta alla magistratura la possibilità di esprimere al Parlamento il proprio punto di vista sulla proposta di bilancio, eventualmente attraverso la disamina e le determinazioni del Consiglio Giudiziario⁷⁸.

Per quanto attiene al trattamento economico dei giudici, la Commissione ha più volte ribadito che esso deve essere garantito dalla legge in conformità con la dignità dell'ufficio ed in relazione ai compiti, doveri e responsabilità. Ne ha più volte evidenziato la rilevanza, precisando che il riconoscimento di un adeguato trattamento economico costituisce elemento essenziale per l'indipendenza giudiziaria, per proteggere i giudici da interferenze esterne. Il livello della remunerazione dovrebbe essere determinato in base alle condizioni economiche del paese di riferimento e comparato con il livello di remunerazione dei più alti funzionari pubblici. La determi-

⁷⁵ Cfr. CM/Rec(2010)12, § 55.

⁷⁶ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 52.

⁷⁷ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 53.

⁷⁸ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 55.

nazione della remunerazione dovrebbe basarsi su standard generali e su criteri obiettivi e trasparenti, mentre dovrebbero essere escluse modalità di riconoscimento basate su prestazioni individuali dei giudici o forme di riconoscimento economico discrezionali⁷⁹.

In base all'esperienza riscontrata in alcuni paesi dell'Europa dell'Est la Commissione si è pronunciata su eventuali riconoscimenti non finanziari. In tali occasioni è stato precisato che eventuali riconoscimenti non finanziari derivanti da scelte discrezionali (nella specie, assegnazioni di alloggi) in favore dei giudici ne avrebbero minato l'indipendenza. Per questo ha raccomandato che eventuali *bonus e/o benefits* non finanziari, riconoscibili in base a valutazioni discrezionali, non dovrebbero essere riconosciuti⁸⁰.

La Commissione ha precisato che il mantenimento stabile del trattamento economico dei giudici, senza riduzioni, durante lo svolgimento del proprio ufficio costituisce una comune e auspicabile garanzia di indipendenza giudiziaria⁸¹.

Sulla compatibilità di eventuali riduzioni del trattamento economico con le garanzie di indipendenza, si è data rilevanza a diversi fattori di analisi, ed in particolare se le misure siano o meno conseguenti a generali politiche di riduzione dei salari pubblici (e quindi non solo a danno dei giudici o di alcuni di essi), quanto alla permanenza in capo ai giudici di un salario minimo adeguato all'ufficio ricoperto.

In un caso sottoposto all'attenzione della Commissione si è quindi precisato che in una situazione di grave crisi economica nazionale una generale riduzione dei salari pubblici, compresi quelli dei giudici, non implicherebbe necessariamente una lesione al principio di indipendenza, poiché essi andrebbero comunque relazionati alla condizione del paese di riferimento. Tuttavia si è precisato che, in assenza di un espresso divieto costituzionale, nel processo di riduzione dei salari dei giudici dovuto a ragioni di crisi economica, andrebbe comunque prestata attenzione se la residua remunerazione continui o meno ad essere commisurata con la dignità della

⁷⁹ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 46.

⁸⁰ Cfr. CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges*, § 51.

⁸¹ Cfr. CDL-AD(21995)074rev, *Opinion on the Albanian law on the organisation of the judiciary*, 3.

professione e con le correlate responsabilità derivanti dall'esercizio dell'ufficio, dovendosi ritenere sussistente il rischio, in caso negativo, di compromissione delle garanzie di indipendenza⁸².

La Commissione ha precisato che la riduzione del trattamento economico dei giudici assume anche ulteriori profili di rilevanza, tenuto conto che essa incide direttamente anche sull'attrattiva della posizione professionale e quindi, in via diretta, sulla disponibilità di eventuali candidati nel proporsi all'avvio alla professione giudiziaria, quanto sulla disponibilità dei giudici in carica di mantenere il proprio ruolo professionale⁸³.

4. *L'indipendenza giudiziaria e Microstato: pregi e vulnerabilità*

Si è volto finora lo sguardo all'importanza dell'indipendenza giudiziaria, caposaldo indiscutibile del *rule of law*, alla luce delle dinamiche e degli scenari internazionali che ci consegnano, sempre più frequentemente, tentativi domestici per intaccarne l'integrità.

L'adeguata organizzazione del sistema giudiziario e l'indipendenza della magistratura, sono tra gli indicatori più realistici per comprendere la reale tenuta di un effettivo assetto democratico. Aspetti che si dimostrano imprescindibili per una piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, e su cui i singoli governi costruiscono il proprio grado di (in)affidabilità democratica agli occhi della comunità internazionale.

Si tratta di tematiche sempre più attuali e rilevanti su cui concentrare e dedicare continui sforzi di analisi, in una dimensione dialogica che possa esprimersi nonostante un'epoca di crescente nazionalismo in Europa. Non dovremmo infatti dimenticare che la storia del costituzionalismo europeo non è caratterizzata da sviluppi costituzionali isolati, ma da una reciproca e progressiva interazione. Oltre agli obblighi derivanti dai trattati, gli ultimi decenni hanno visto un fiorente e reciproco arricchimento e consolidamento attra-

⁸² Cfr. CDL-AD(2010)038, *Amicus Curiae brief for the Constitutional court of "The Former Yugoslav Republic of Macedonia" on Amendments to several laws relating to the system of salaries and remunerations of elected and appointed officials*, §§ 19-20.

⁸³ Cfr. CDL-AD(2019)027, *Opinion on the Legal framework in Ukraine governing the Supreme Court and judicial self-governing bodies of the Republic of Ukraine*, § 76-78.

verso strumenti di *soft law*, e un crescente dialogo fra gli Stati membri e le istituzioni europee.

Si è dato conto dell'insostituibile ed inesauribile opera culturale e interpretativa della Commissione di Venezia, che sin dagli anni dell'insediamento ha abbracciato molti aspetti della vita della magistratura, accompagnando sia le nuove che le vecchie democrazie verso la creazione e lo sviluppo di sistemi giudiziari domestici indipendenti ed imparziali al servizio della cittadinanza⁸⁴. Un organismo unico e straordinario nel suo genere, che si è instancabilmente adoperato per la definizione di standard, in linea con un patrimonio costituzionale comune europeo, e che oggi paiono proiettarsi verso una prospettiva di influenza più ampia e globale.

Ed è seguendo la strada di questa ineludibile dimensione dialogica, che si propone un conclusivo spunto di riflessione, dedicato alla declinazione dell'indipendenza giudiziaria nel Microstato⁸⁵. Micro realtà a volte sconosciute, spesso custodi di tradizioni giuridiche e culturali profonde, con peculiari assetti istituzionali e con limitate risorse, ma che sono soggetti di diritto internazionale che interagiscono con la comunità internazionale, chiamati ad aderire alle stesse regole di comportamento e funzionamento poste in capo ad altri soggetti primari di ben più ampie dimensioni, ma con caratteristiche tali da porsi – tuttavia – in una posizione di fatto totalmente differente.

Si tratta di un terreno inesplorato. Nella letteratura comparata che studia le forme e le dinamiche delle istituzioni si riscontra infatti una lacuna rispetto all'analisi delle differenti variabili in gioco quando la grandezza dello stato in cui le riforme giudiziarie vengono attuate si riduce al di sotto di una certa soglia.

⁸⁴ Cfr. G. BUQUICCHIO, S.R. DURR, *Volkov vs. Ukraine and the Venice Commission's approach to structural independence of the judiciary*, 337.

⁸⁵ Tale contributo non intende, né potrebbe, esplorare e risolvere le problematiche definitorie del microstato, tenuto conto dell'assenza di una definizione ufficiale e della relatività di tale concetto. E neppure si potrebbero in questa sede analizzare le variabili che generalmente la letteratura utilizza a tal fine (popolazione, estensione del territorio, PIL, esercizio della sovranità etc.), alla quale si rinvia per un esaustivo approfondimento. Piuttosto, per necessità di sintesi della trattazione, ci si intende riferire a quei microstati che comunemente vengono così intesi nel perimetro europeo, e quindi Andorra, Città del Vaticano, Liechtenstein, Malta, Montecarlo e San Marino, cui eventualmente aggiungere il Lussemburgo che, sebbene di dimensioni notevolmente più ampie, ne condivide alcune peculiari caratteristiche.

In questa prospettiva dialogica, la recente esperienza riformatrice della Repubblica di San Marino appare esemplare per l'analisi empirica con riguardo a tutti gli altri microstati nel perimetro del continente europeo. Il sistema di giustizia sammarinese, su impulso della "vigilanza collaborativa" esercitata dal Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO), è stato oggetto di un profondo e generale intervento riformatore⁸⁶ che ha segnato una netta linea di rottura e di discontinuità rispetto al precedente impianto ordinamentale, ma soprattutto rispetto alle tumultuose vicende negli anni 2017-2020 che portarono ad una sostanziale e caotica destrutturazione dello stato della giurisdizione. Una vasta opera di ammodernamento costituzionale attuata in un arco temporale estremamente ridotto (18 mesi), che ha visto l'impegno di tutti gli attori della giurisdizione, verso la declinazione domestica dei migliori standard di indipendenza giudiziaria (anche verso l'adozione di soluzioni tecniche non convenzionali), e che ha ricevuto inediti riconoscimenti internazionali di conformità⁸⁷.

Una stagione riformatrice che testimonia le capacità di intervento, snellezza e celerità di un micro-ordinamento, naturalmente connaturato da risorse (umane e finanziarie) limitate, ma anche da una vicinanza naturale e facilmente dialogante fra le istituzioni. Caratteristiche sconosciute alle macro-giurisdizioni, che però accomunano i microstati, ed a cui ne vanno aggiunte di ulteriori. Si tratta infatti spesso di territori e popolazioni contraddistinti da un forte senso di identità, autonomia, rete di relazioni ambientali e informali dominanti, ma anche contiguità fra i poteri e le élite, densità di interessi economici e finanziari, che si presentano inversamente proporzionali al limitato peso del sistema sociopolitico.

A tutto ciò va aggiunto e calcolato il rischio, anch'esso comune, che gli interessi di carattere economico-finanziario (endogeni

⁸⁶ Nell'ordine sono state infatti adottate: la legge costituzionale n. 2 del 3 dicembre 2020 che assegna ai Giudici per la responsabilità civile ulteriori competenze, la legge costituzionale n. 1 del 7 dicembre 2021 che ha riformato interamente l'ordinamento giudiziario, il Consiglio Giudiziario e la Commissione Consigliare per gli Affari di Giustizia, la legge n. 24 del 2 marzo 2022 che ha riformato la procedura penale, la legge n. 23 del 2 marzo 2022 che ha modificato la disciplina dell'astensione e ricusazione. Il Consiglio Giudiziario in nuova composizione ha anche adottato un nuovo Codice etico dei magistrati sammarinesi.

⁸⁷ Cfr. G.R.E.C.O. rapporto di conformità 17 giugno 2022 per il IV ciclo di valutazione, nonché P.A.C.E., rapporto di conformità 6 aprile 2023.

ed esogeni) e politici, possano giovare delle ridotte risorse umane ed economiche per tendere talora ad assumere il dominio delle istituzioni e a prevaricare anche sulle regole e sullo statuto delle garanzie di autonomia e imparzialità della giurisdizione; con il logico corollario che proprio nei microstati risulta comparativamente più alto il bisogno di solidità e continuità dei presidi istituzionali e ordinamentali sebbene tali presidi debbano inevitabilmente esprimersi secondo una appropriata declinazione domestica alla luce delle peculiarità atipiche presenti.

Caratteristiche, tutte, che evidentemente espongono anche la giurisdizione (al pari degli altri poteri dello Stato) in uno spazio di vulnerabilità, che esige un solido ancoraggio (ancor più che nelle grandi giurisdizioni) sia in adeguati e solidi presidi normativi di indipendenza (proiettati in maniera ancor più ampia e diffusa verso il più alto livello normativo), quanto – e soprattutto – in qualità valoriali, etiche e professionali di tutti i soggetti istituzionali (quindi anche dei giudici), per garantire l'efficace tenuta dei meccanismi del *rule of law*.

In tali contesti lo spazio di autonomia del giudice potrà essere più fortemente garantito quanto più alto sarà il livello di integrazione delle riforme giudiziarie alle migliori pratiche internazionali (efficacemente declinate), e richiede, a corollario, una magistratura altrettanto integrata nel contesto europeo, fortemente attenta ed ancorata a quelli che sono i valori comuni di riferimento. È poi fondamentale che emerga chiaramente la qualità etica e professionale della giurisdizione e dei giudici affinché essa sia riconosciuta dalla comunità professionale e della politica locale, cui affiancare la chiara consapevolezza di quello che è l'invalidabile perimetro dell'indipendenza: ciò pur nel rispetto di forme di collaborazione tecnica particolarmente accentuate e necessarie nelle micro realtà (a causa delle limitate risorse disponibili).

Aspetti e profili che meriterebbero un doveroso ed attento approfondimento che possa colmare il vuoto presente nella letteratura e che non è ovviamente attuabile in questa sede. Non si tratta di un mero esercizio di stile, piuttosto è un aspetto su cui porre attenzione nell'auspicio che da ciò ne possa derivare una comune prospettiva di analisi e di comprensione. Ciò gioverebbe ai microstati quanto alla stessa comunità internazionale: conoscere le peculiarità del microstato, proteggerne le necessità, riconoscerne i profili di

vulnerabilità del tutto atipici costituisce un passaggio ineludibile per garantire il *rule of law* nel microstato, ma anche, di riflesso, nella stessa comunità internazionale di cui i microstati (presenti in numero non secondario) sono parte integrante, e ove possono, per questo, influire mediante l'adozione di scelte determinanti ed incidenti anche sulle maggiori giurisdizioni. Gli approfondimenti che ne scaturirebbero potrebbero offrire spunti preziosi rispetto ad una adeguata e calibrata declinazione domestica dei migliori standard di indipendenza giudiziaria nei microstati che ne possano tutelare le peculiarità e rafforzarne i profili atipici di vulnerabilità secondo una prospettiva di analisi comparata. Non solo, sarebbe questa anche l'occasione per introdurre una prospettiva ancora più ampia e comune che possa proiettarsi, per la prima volta, verso lo studio della complessiva organizzazione del potere pubblico del microstato, per renderlo immune da potenziali rischi di cattura da parte di entità eteronome ed eterogenee.

Abstract

In un contesto internazionale caratterizzato da tentativi per intaccare l'integrità, il saggio è dedicato all'indipendenza giudiziaria, caposaldo indiscutibile del *Rule of Law* che costituisce uno dei tre pilastri dello Statuto del Consiglio d'Europa. Si darò conto dell'instancabile e fondamentale opera compiuta dalla Commissione di Venezia per garantire l'indipendenza dei giudici, nel solco di un patrimonio costituzionale comune europeo, esaminando alcuni degli standard di riferimento. Infine verrà proposta una ipotesi di studio inedita, dedicata alla declinazione dell'indipendenza giudiziaria nei microstati europei, fra pregi e vulnerabilità, che può essere di interesse anche per la stessa comunità internazionale di cui sono parte integrante.

In an international context characterised by attempts to undermine its integrity, this essay will focus on judicial independence, an undeniable cornerstone of the Rule of Law that constitutes one of the three pillars of the Statute of the Council of Europe. The tireless and fundamental work done by the Venice Commission to guarantee the independence of judges, in the framework of a common European constitutional heritage, will be analysed by considering some of the reference standard. Finally, a new research hypothesis will be proposed, which focuses on judicial independence in European micro-states, between qualities and vulnerabilities. This hypothesis may also be of interest to the same international community of which such micro-states are members.

OSSERVATORIO

MARIA ALESSANDRA STEFANELLI

MERCATO, CONSUMATORI DIGITALI,
GIUSTIZIA PREDITTIVA.
LE RECENTI PROPOSTE DI REVISIONE
DELLA NORMATIVA EUROPEA IN MATERIA
DI SOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

SOMMARIO: 1. Mercato, consumatori digitali e sperimentazioni di giustizia predittiva. – 2. Le Alternative Dispute Resolution (ADR) e le Online Dispute Resolution (ODR). – 3. Le recenti proposte di revisione delle normative europee per la risoluzione delle controversie sul mercato digitale. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Mercato, consumatori digitali e sperimentazioni di giustizia predittiva*

L'erompere delle nuove tecnologie digitali riconducibili alla intelligenza artificiale¹ (IA) produce effetti sempre nuovi e inattesi sulla società moderna e sulle persone.

Tra le caratteristiche peculiari della IA, spicca la capacità di self-learning, e cioè “*di essere in grado di evolversi nel tempo sulla*

¹ Si precisa in via preliminare che ad oggi “*non esiste una definizione generalmente condivisa di IA. Ai nostri fini possiamo definire l'IA come la tecnologia che permette ad un computer di analizzare grandi quantità di dati e, sulla base della conoscenza e dell'esperienza acquisita, adottare comportamenti intelligenti o proporre decisioni. Si tratta, in altri termini, di una tecnologia che permette ad una macchina di svolgere funzioni tradizionalmente riconosciute dalla sola capacità umana*”, così F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Intelligenza artificiale e giustizia*, 2020, 415. In tema di intelligenza artificiale si vedano, per tutti e più di recente: T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2022, 5 ss.; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022; R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale: quali regole?*, Bologna, 2023; V. FALCE (a cura di), *Strategia dei dati e intelligenza artificiale. Verso un nuovo ordine giuridico del mercato*, Torino, 2023; G. LEMME, *La transizione giuridica. La crisi del diritto di fronte alla sfida tecnologica*, Torino, 2023.

base della esperienza acquisita, attraverso l'analisi di dati omogeni e la loro conseguente razionalizzazione e clusterizzazione"².

Si fa infatti riferimento "a macchine animate da algoritmi in grado di razionalizzare l'esperienza e di adattare conseguentemente la propria operatività anche in ambiti non preventivamente conosciuti, ma comunque conoscibili sulla base delle esperienze acquisite"³.

Sul punto il dibattito giuridico dottrinale è vivace e interdisciplinare, e per quanto riguarda le tematiche del diritto dell'economia si concentra soprattutto sulle dinamiche che l'intelligenza artificiale innesca sul mercato e sui consumatori.

Ma giunge a incidere anche, ed è questo l'oggetto del presente studio, sulla definizione di nuove modalità di tutela dei consumatori che possano, più efficacemente rispetto al passato, proteggere i loro diritti⁴ anche attraverso strumenti di giustizia predittiva, intendendosi con tale espressione "la possibilità di applicare anche alla amministrazione della giustizia l'insieme di pratiche e tecniche informatiche note come intelligenza artificiale"⁵.

Per quanto riguarda l'impatto delle più recenti innovazioni tecnologiche sul mercato a livello europeo si assiste, come noto, alla prima definizione di un Mercato Unico Digitale (*Digital Single Market*) all'interno della *Digital Single Market Strategy for Europe*⁶, ove si considera che "l'economia globale diventa digitale: le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) non costituiscono più un settore a sé stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni"⁷.

² M.G. ORTOLANI, *La giustizia predittiva nell'ordinamento giuridico italiano e nei principali ordinamenti di common Law*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2023, 2.

³ M.G. ORTOLANI, *op. cit.*, 2.

⁴ In relazione alle decisioni algoritmiche e alla tutela dei diritti si rinvia, per tutti, a F. DONATI, *op. cit.*, 415.

⁵ M. BARBERIS, *Giustizia predittiva ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, 2022, 8. Sulla giustizia predittiva la dottrina è vasta, per tutti si vedano più recentemente: M. SCIACCA, *Algoritmo e giustizia alla ricerca di una mite predittività*, in *Persona e Mercato*, 2023, 69; N. LIPARI, *Diritto, algoritmo, predittività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 721 ss.; F. SCAMARDELLA, M. VESTOSO, *Modelli predittivi a supporto della decisione giudiziaria. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, 135 ss.

⁶ COM (2015) 192 del 6 maggio 2015.

⁷ COM (2015) 192, 1.

La nuova definizione del mercato digitale per le imprese europee incide inevitabilmente allora anche sui diritti dei consumatori on line^{8 9}, tanto da individuare un “*New Deal per i consumatori*” che “*prende le mosse dal quadro esistente della politica dei consumatori e compie un passo in avanti proponendo norme moderne e adeguate ai mutevoli mercati e prassi commerciali di oggi*”¹⁰.

In questo senso appare interessante indagare come l’intelligenza artificiale, nella sua configurazione di giustizia predittiva, possa rappresentare anche un utile strumento di tutela dei consumatori digitali.

2. *Le Alternative Dispute Resolution (ADR) e le Online Dispute Resolution (ODR)*

A livello europeo la tematica della individuazione di procedure che consentano alle parti in causa di risolvere i conflitti al di fuori del tradizionale circuito giurisdizionale ha ricevuto particolare attenzione soprattutto in tempi più recenti, mentre negli ordinamenti di *common Law*, ed in particolare nell’ordinamento giuridico statunitense “*sono da sempre presenti canali di pacificazione alternativi alla giustizia istituzionale, conosciuti con l’acronimo ADR*”¹¹.

Ed infatti “*la fuga dal processo giurisdizionale verso metodi alternativi è storia recente*”, e nasce, “*si afferma e poi diventa modello*

⁸ COM (2022) 28, del 26 gennaio 2022 intitolata “*Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*” e connessa COM (2022) 27, del 26 gennaio 2022 relativa “*alla definizione di una dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali*”.

⁹ COM (2021) 118, del 9 marzo 2024 intitolata “*Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*”.

¹⁰ COM (2018) 183 dell’11 aprile 2018. Si ricorda che anchemil Digital Services Act (Regolamento europeo 2065/2022), relativo a un mercato unico dei servizi digitali, all’art. 21 disciplina la “*Risoluzione extragiudiziale delle controversie*”.

¹¹ C.E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzione del fenomeno digitale*, in *Diritto del risparmio*, 2021, 2. Cfr. altresì S. BARANOVA VILAR, *Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 249 ss.; G.M. RUOTOLO, *Gli ADR (Alternative Dispute Resolution) online dei consumatori UE. Alcune questioni di diritto internazionale privato alla luce della prassi applicativa*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2021, 475 ss.; G. RONTONDO, *Innovazione tecnologica nel settore finanziario e sistemi di risoluzione delle controversie*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2022, N. SOLDATI, *Il terzo pilastro ADR presso le autorità indipendenti: l’arbitro IVASS*, in *Assicurazioni*, 2023.

da far circolare nei sistemi giuridici negli Stati Uniti d'America, quale scelta di libertà dell'autonomia dei privati"¹².

Come noto, negli Stati Uniti le ADR assumono la forma di "fenomeni eterogeni, caratterizzati dal fatto di essere volti a risolvere conflitti senza pervenire alla decisione del giudice ordinario, in quanto basati sul potere riconosciuto dalle parti di disporre delle loro controversie"¹³; esse rappresentano "modi informali, semplici, rapidi, flessibili e favoriscono l'accesso alla giustizia; non alternativi ma piuttosto appropriati o amicali o complementari alla giurisdizione"¹⁴, con l'obiettivo solo di giungere ad "una più veloce e meno costosa amicable solution delle controversie"¹⁵.

In proposito si ricorda che le ADR hanno trovato puntuale previsione all'interno della cd. *Pound Conference* del 1976, organizzata dall'American Bar Association¹⁶, ma è solo nel 1998 che il Congresso degli Stati Uniti emana l'*Alternative Dispute Resolution Act*¹⁷ che impone a "all federal trial Courts to implement ADR programs for litigants and allows Courts to mandate participation in those programs. In order for Court administrators to implement the Act successfully, they must reconcile the new paradigm of justice inherent in ADR with the traditional adjudicative paradigm of justice that currently guides the courts"¹⁸.

A livello europeo, la tematica della necessità di individuare procedure di risoluzione alternativa delle controversie acquista progressivamente crescente consistenza e rilevanza.

Nell'ordinamento giuridico europeo il riferimento alle ADR è espressamente contenuto nell'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che specifica che l'Unione "sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implica-

¹² T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Rassegna Forense*, 2011, 328.

¹³ T.E. FROSINI, *op. cit.*, 329.

¹⁴ T.E. FROSINI, *op. cit.*, 329.

¹⁵ V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione nel nuovo Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2016, 693-694.

¹⁶ Cfr. O. DESIATO, *ADR in materia di consumo e l'opera di armonizzazione ancora a metà del guado*, in *Judicium*, 2023, 14.

¹⁷ Public Law 105-315, 30 ottobre 1998 che modifica la sezione 651 del titolo 28 dell'United State Code.

¹⁸ C. CROWNE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice*, in *New York University Law Review*, 2001, 1769.

zioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", ed a tale fine devono essere adottate una serie di misure, tra cui anche quelle volte a garantire "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie"¹⁹.

Accanto a questa esplicita e specifica disposizione ulteriori, seppur indiretti, riferimenti alla tematica *de qua*, riconducibili alla più generale tematica della protezione del consumatore, sono riscontrabili in particolare negli artt. 12, 26, 114 e 169 del TFUE, nonché all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea all'art. 7 "Rispetto della vita privata e della vita familiare", all'art. 8 "Protezione dei dati di carattere personale", all'art. 38 "Protezione dei consumatori" e all'art. 47 "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale".

L'emanazione nel 1993 del Libro Verde relativo a "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico"²⁰ rappresenta un primo punto di riflessione²¹ per la costruzione di procedimenti extragiudiziari per la composizione delle controversie; esso infatti contiene un'analisi di tipo comparatistico che evidenzia come "nella maggior parte degli Stati membri le procedure giudiziarie applicabili alle piccole controversie sono state semplificate attraverso una riforma del codice civile o la creazione di procedure semplificate. A tal proposito sono state create procedure extragiudiziali specificamente destinate alle controversie in materia di consumo: la conciliazione, la mediazione o l'arbitraggio"²².

Al Libro Verde fanno seguito, tra gli altri, il Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno del 4 febbraio 1996, la Direttiva n. 7 del 20 maggio 1997 e la Raccomandazione della Commissione europea del 30 marzo 1998, ma è

¹⁹ Art. 81, comma 2, lett. g, TFUE.

²⁰ COM (93)576 del 16 novembre 1993.

²¹ Per un'analisi della quale si rinvia, da ultimo e per tutti, a O. DESIATO, *op. cit.*, 15 ss.

²² G. CASSANO, *Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) nell'era di Internet*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 884.

solo nel 2013 che l'Unione Europea è intervenuta in materia con la Direttiva ADR n. 11 e il Regolamento ODR n. 524 emanati entrambi il 21 maggio 2013, ove si sottolinea “*in incipit il compito di assicurare un alto livello di protezione dei consumatori affidato all'U.E. dai Trattati e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali*”, e si definiscono “*con nitore e senza infingimenti, gli obiettivi che questi si prefiggono: eliminare ostacoli diretti e indiretti al funzionamento del Mercato Unico, e così innalzare la fiducia dei consumatori*”²³.

La Direttiva si prefigge l'obiettivo di “*pervenire ad una armonizzazione, ancorché minima, dei sistemi nazionali di Consumer ADR sottoponendoli a principi comuni in particolare circa i requisiti e gli standards di qualità delle procedure e degli organismi incaricati della loro gestione*”²⁴.

Nel nuovo contesto economico la risoluzione stragiudiziale delle controversie mira a “*contribuire a limitare l'impunità degli operatori del mercato per le condotte illecite poste in essere, incoraggiando le imprese a un maggior rispetto della normativa consumeristica e, in ultimo, migliorando il livello di tutela garantito ai consumatori europei*”²⁵.

Così, dopo avere sottolineato che la risoluzione alternativa delle controversie “*offre una soluzione semplice, rapida ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti*” (Considerando n. 5) e che le procedure ADR “*dovrebbero essere preferibilmente gratuite per il consumatore*”, la Direttiva disciplina le modalità di accesso agli organismi e alle procedure ADR (art. 5), incaricando gli Stati membri di garantire che gli organismi ADR mantengano un sito web aggiornato che permetta alle parti un facile accesso alle informazioni, e che consenta, tra l'altro, “*ai consumatori di presentare un reclamo e la documentazione necessaria online*” (art. 5, comma secondo, lett. a) ma anche un reclamo off line, ove possibile (art. 5, comma secondo, lett. c).

²³ S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 200.

²⁴ M.P. GASPERINI, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2017, 149.

²⁵ A.M. FELICETTI, *La risoluzione extracontrattuale delle dispute nei mercati digitali: alcune novità dall'Europa*, in *Rivista trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 201.

È inoltre disposto che gli Stati membri debbano garantire che le persone fisiche incaricate delle procedure ADR posseggano requisiti di competenza, indipendenza e imparzialità (art. 6); che, in ossequio al principio di trasparenza, gli organismi ADR rendano disponibili al pubblico informazioni chiare e comprensibili all'interno dei loro “*siti web, su un supporto durevole su richiesta e in qualsiasi altro modo essi ritengano appropriato*” (art. 7, primo comma).

Di particolare interesse altresì la disposizione che prevede che gli Stati membri debbano garantire che le procedure ADR siano realmente efficaci, per cui ogni procedura ADR “*è disponibile e facilmente accessibile on line e offline per entrambe le parti ...*” (art. 8, primo comma, lett. *a*), e che le parti stesse hanno “*accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente legale*” (art. 8, primo comma, lett. *b*). La Direttiva predispone poi ulteriori principi che devono caratterizzare l'attività degli organismi ADR, quali il principio di equità (art. 9), di libertà (art. 10), e di legalità (art. 11).

Ma è con il Regolamento n. 524 che il framework regolatorio contenuto nella Direttiva n. 11 si completa e si pone al passo con l'evoluzione del mercato con l'introduzione di nuove procedure ODR, emanando “*in sostanza, un plesso coordinato e omogeneo di regole*”²⁶, nella consapevolezza ormai acquisita e matura che il mercato interno europeo sia profondamente mutato ed evoluto in senso digitale.

Con tale Regolamento il legislatore europeo cerca di “*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare nella sua dimensione digitale e a promuovere il commercio elettronico*”²⁷.

Sebbene non sia questa la sede per soffermarsi sulle differenti tipologie di ODR oggi esistenti soprattutto negli ordinamenti giuridici di *common Law*, si ritiene utile ricordare come le ODR abbiano origine “*negli anni novanta come sviluppo delle ADR e, quindi, come sistema di risoluzione alternativa delle controversie ma con proprie autonomie peculiarità. Infatti, pensate per contratti nati via web, la piattaforma online di risoluzione delle controversie deriva dalla esi-*

²⁶ G. ROTONDO, *op. cit.*, 143.

²⁷ M. GAMBINI, *ODR di tipo conciliativo quale “giusto rimedio” nel commercio elettronico*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 93-94.

genza di installare fiducia nell'acquisto on line dell'e-consumer"; in particolare esse si sono sviluppate "in direzione diametralmente opposta rispetto alle ADR. Le prime nascono infatti da una esigenza proveniente dal basso, non presuppongono la possibilità dell'incontro degli interessi della parti sulla base di una neighborhood, ma sorgono dalla internazionalizzazione delle controversie e, dalla necessità in virtù della quale a un mercato globale deve corrispondere una speculare risoluzione delle contese, dalla totale assenza di vicinanza tra le parti, tra le quali si presuppone che, nella maggioranza dei casi, si instaurano rapporti unici ed istantanei"²⁸.

Le ODR si sono evidenziate soprattutto "nell'ultimo decennio con lo sviluppo delle transazioni telematiche (in genere, e in particolare del commercio elettronico)"²⁹, e si sostanziano in procedure che permettono di fare fronte alla esigenza di "rapidità dei nuovi processi commerciali che utilizzano prevalentemente la rete"³⁰, ed infatti le ODR si "servono dei mezzi della ICT (Information and Communications Technology) allo scopo specifico di comporre le liti "out of Court"³¹.

Dal punto di vista poi "dell'apporto tecnologico alla risoluzione delle dispute, si distinguono le online ADR, che sono ODR human based, in cui la tecnologia digitale è di semplice supporto alla attività di risoluzione, dalle cyber ADR, che sono ODR machine based, in cui il ruolo della intelligenza umana è vicariato da sistemi esperti di intelligenza artificiale"³².

Tornando ora al Regolamento europeo n. 524, le ODR si presentano come mezzi di soluzione per le controversie on line "concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online tra un consumatore residente nell'Unione e un pro-

²⁸ C. MARESCA, *La sfida delle trasposizione delle online disputes resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o una chimera?*, in *Giustizia civile.com*, 2021, 4. Si vedano altresì V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e ODR*, in *Cultura e diritti*, Pisa University press, 2017, e più di recente C. RULE, *Reinventing Justice with Online Dispute Resolution*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 169 ss.

²⁹ A. MARANGON, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, in *Dir. inf.*, 2006, 375.

³⁰ G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, 2007, 484.

³¹ L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffuse globale delle ODR*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, 2.

³² L. MINGARDO, *op. cit.*, 2.

fessionista stabilito nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR inserito in elenco a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE e che comporta l'utilizzo della piattaforma ODR"³³. Precisamente, le disposizioni del Regolamento si applicano a tutti i contratti di acquisto di beni o di servizi stipulati via Internet, ma anche a contratti definiti via fax, telefono ovvero stipulati mediante altri mezzi elettromagnetici.

Ma una delle principali innovazioni digitali per la risoluzione delle controversie on line è certamente rappresentata dalla creazione di una specifica Piattaforma web online, la cd. Piattaforma ODR³⁴ – gestita dalla Commissione europea – che rappresenta per consumatori e imprese “*un punto di accesso unico... alla quale aderiscono gli organismi accreditati che prestano servizi di risoluzione alternativa delle liti*”³⁵: tale Piattaforma “*costituisce l'unico punto di accesso per i consumatori e i professionisti che intendano risolvere stragiudizialmente le controversie oggetto del Regolamento*”³⁶.

Tale Piattaforma, che riconduce le ODR europee nell'alveo delle ODR *human based*³⁷, è volta ad agevolare “*la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti*”³⁸.

E sempre attraverso la Piattaforma “*le parti ricorrenti possono sporgere un reclamo al fine di vedersi suggerire l'autorità ritenuta più adatta a risolvere la controversia*”³⁹; infatti essa mette a disposizione delle parti “*un modulo di reclamo elettronico che deve essere compilato dalla parte ricorrente*” (art. 5, comma quarto, lett. a)⁴⁰; informa del reclamo la parte convenuta (art. 4, lett. b); individua gli organismi ADR competenti (art. 4, lett. c); propone uno strumento elettronico di gestione dei casi (art. 4, lett. d); fornisce la traduzione delle informazioni necessarie per la risoluzione della controversia (art. 4, lett. e); mette inoltre a disposizione un sistema di *comment (feedback)* che “*consente alle parti di esprimere un proprio punto di*

³³ Art. 2, comma 1, del Regolamento n. 524.

³⁴ Si veda il Regolamento di esecuzione (UE) della Commissione del 1° luglio 2015, relativo alle modalità per l'esercizio delle funzioni della Piattaforma.

³⁵ G. ROTONDO, *op. cit.*, 143.

³⁶ G.M. RUOTOLO, *op. cit.*, 491.

³⁷ L. MINGARDO, *op. cit.*, 3.

³⁸ Art. 1 del Regolamento n. 524.

³⁹ G.M. RUOTOLO, *op. cit.*, 491.

⁴⁰ Sull'atto di reclamo si vedano gli artt. 8 e 9 del Regolamento *de quo*.

vista sul funzionamento della Piattaforma ODR e sull'organismo ADR che ha trattato la loro controversia" (art. 4, lett. g).

La Piattaforma ODR appare quindi, nella sua configurazione, come una innovazione di rilevanza centrale tanto per i consumatori quanto per le imprese, che concludono "contratti di vendita o di erogazione di servizi on line" e che "sono tenute a pubblicare sui propri siti web un link elettronico alla piattaforma ODR"⁴¹.

Così ogni Stato Membro designa un "punto di contatto ODR" (art. 7, primo comma) e tali punti di contatto "forniscono assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma ODR" (art. 7, secondo comma).

Proprio perché i sistemi ODR hanno origine da importanti trasformazioni tecnologiche e su queste ultime basano la loro ragion d'essere, pare singolare la disposizione contenuta all'art. 10, primo comma, lett. d, del Regolamento n. 524 che stabilisce che un organismo ADR che ha accettato di trattare una controversia "non è tenuto a condurre la procedura ADR tramite la piattaforma ODR": tale disposizione, come è stato osservato, "rompe il nesso ispiratore dell'on line dispute resolution e cioè la specularità tra modalità elettronica della fase di stipulazione del contratto e modalità elettronica di risoluzione delle controversie. Ovvero, *the justice system would not work as internet works*"⁴².

In altre parole, tale disposizione mina "in radice l'obiettivo, non dichiarato ma implicito, del regolamento ODR: mantenere in rete, dopo la fase fisiologica di conclusione on line del contratto, anche quella patologica di gestione del contenzioso che da questo deriva", appare quindi evidente che la risoluzione stragiudiziale delle controversie "derivanti da contratti di vendita o servizi stipulati on line, non sono (ancora) vere e proprie procedure di On Line Dispute Resolution. Procedure, cioè, in cui – come accade in altri ordinamenti, ed in particolare in quello statunitense – la rete diventa essa stessa il quarto elemento della procedura, grazie all'intervento di forme semplificate di intelligenza artificiale dirette a facilitare l'incontro delle posizioni delle parti in conflitto, come avviene, ad esempio, nei casi di c.dd. negoziazione assistita dalla tecnologia o automatizzata, mediazione basata su software, e così via"⁴³.

⁴¹ G. ROTONDO, *op. cit.*, 143.

⁴² C. MARESCA, *op. cit.*, 10.

⁴³ S. DALLA BONTÀ, *op. cit.*, 208-209.

3. *Le recenti proposte di revisione delle normative europee per la risoluzione delle controversie sul mercato digitale*

Per rispondere all'esigenza sempre più diffusa e crescente da parte dei consumatori di essere tutelati nei confronti delle transazioni commerciali effettuate on line e contemporaneamente effettuare una analisi della reale efficacia degli strumenti ADR-ODR attualmente disciplinati dalla normativa europea, la Commissione europea ha avanzato due recentissime proposte: la prima di esse, n. 649 del 17 ottobre 2023, reca la modifica della citata Direttiva n. 11 del 2013 relativa alle procedure ADR; la seconda, n. 647 del 17 ottobre 2023, propone l'abrogazione del Regolamento n. 524 del 2013 relativo alle procedure ODR.

La prima proposta, dopo avere sottolineato che la Direttiva n. 11, essendo *“stata elaborata più di 10 anni fa”* non tiene *“adeguatamente conto delle controversie derivanti dalla nuove tendenze del mercato al consumo”*, che vedono i consumatori europei acquistare *“molto più on line anche da professionisti di Paesi terzi”*⁴⁴, definisce quali obiettivi l'adeguamento del quadro normativo ADR ai mercati digitali, il potenziamento delle ADR per le controversie transfrontaliere, la semplificazione delle procure medesime a vantaggio dei soggetti interessati⁴⁵.

In particolare, per garantire che le ADR siano adeguate a tutelare i diritti dei consumatori sul mercato digitale, la proposta in oggetto stabilisce che la Direttiva si applichi alle *“procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie residenti nell'Unione e professionisti che offrono beni e servizi, compresi contenuto digitale e servizi digitali, a tali consumatori, attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole”*⁴⁶.

In particolare la proposta mira a modificare l'art. 5 della Direttiva attualmente ancora in vigore, che detta regole per l'accesso agli organismi e alle procedure ADR, stabilendo che gli Stati membri debbano garantire che gli organismi ADR *“assicurino che i consumatori possano presentare i reclami e la documentazione di supporto necessaria online in modo tracciabile e che i consumatori che lo*

⁴⁴ Proposta n. 649, 1.

⁴⁵ Proposta n. 649, 2.

⁴⁶ Art. 1 della proposta n. 649.

*richiedano possano presentare tale documentazione e accedervi in formato digitale*⁴⁷.

Inoltre, ogni Stato membro deve “*offrire procedure ADR digitali attraverso strumenti facilmente accessibili e inclusivi*”⁴⁸ e concedere alle parti della controversia “*il diritto di chiedere che l'esito della procedura ADR sia riesaminato da una persona fisica quando la procedura è stata espletata con mezzi automatizzati*”⁴⁹.

Così pure si osserva che la proposta in oggetto introduce poi un comma ottavo all'art. 20 della Direttiva attualmente in vigore, relativo al ruolo delle autorità competenti e della Commissione, che prevede che la Commissione “*sviluppa e mantiene uno strumento digitale interattivo che fornisce informazioni generali sui ricorsi dei consumatori e link alle pagine web degli organismi ADR che le sono notificati ...*”.

Dopo avere sottolineato ed indicato nel potenziamento dello strumento digitale la motivazione per la modifica della Direttiva ADR attualmente in vigore, la seconda proposta n. 647, sempre del 17 ottobre 2013, va invece singolarmente nella direzione opposta, prevedendo l'abrogazione del ricordato Regolamento ODR n. 524 del 2013, istitutivo delle procedure ODR, prevedendo la dismissione della Piattaforma ODR, intesa quale “*strumento per consentire a consumatori e professionisti di adire gli organismi ADR per le controversie relative agli acquisti on line*”⁵⁰.

I presupposti che sono posti alla base della abrogazione del Regolamento ODR e della conseguente dismissione della Piattaforma sono essenzialmente basati sulla considerazione che “*nonostante un numero elevato di visite, la piattaforma ODR consente il trattamento di soli 200 casi all'anno in media a livello UE da parte di organismi ADR*”⁵¹, e questo livello di prestazioni “*non giustifica i costi sostenuti dalla Commissione per mantenere lo strumento, né i costi sostenuti dalle pubbliche amministrazioni e dalle imprese online per adempiere ai loro obblighi ai sensi del regolamento sull'ODR*”⁵².

⁴⁷ Art. 1, comma terzo, della proposta n. 649.

⁴⁸ Art. 1 della proposta n. 649.

⁴⁹ Art. 1 della proposta n. 649.

⁵⁰ P. 1 della proposta n. 647.

⁵¹ P.1 della proposta n. 647.

⁵² P. 1 della proposta n. 647, che sottolinea che “*La dismissione della Piattaforma ODR permetterebbe invece alla Commissione europea di risparmiare circa 500.00 EUR all'anno, ossia 4,4 milioni di EUR in 10 anni*” (p. 4).

In questo contesto l'obiettivo della presente proposta diviene quello di *“abrogare il regolamento sull'ODR, dismettendo in tale modo la piattaforma ODR, e di eliminare l'obbligo per le imprese online di fornire un link a tale piattaforma e di gestire una mail per la comunicazione”*⁵³.

Pare tuttavia opportuno osservare come la medesima Proposta in esame riconosca in incipit che tale piattaforma ODR, operante dal 2016, si configura *“come infrastruttura digitale pienamente multilingue in cui i consumatori possono chiedere ai professionisti online di risolvere una controversia ricorrendo ad un organismo ADR”*⁵⁴ e che sebbene *“sia emerso un consenso generale sull'effetto utile molto scarso della piattaforma ODR”*, essa *“è stata tuttavia considerata un'importante fonte di informazione per ottenere l'elenco degli organismi ADR accreditati dalle autorità nazionali nell'Unione ai sensi della direttiva ADR, un obbligo comunque derivante da tale direttiva e attuato dalla Commissione sulla piattaforma stessa e che pertanto continuerà ad essere mantenuto”*⁵⁵.

Tali considerazioni potrebbero a nostro avviso condurre ad una riflessione diversa e ulteriore circa la eventuale abrogazione del Regolamento ODR, essendo oggi le ODR indicate come una delle sei principali aree di *“maggiore crescita di tecnologia nella pratica forense”*⁵⁶, unitamente, tra l'altro, alla giustizia predittiva, su cui basare un nuovo rapporto tra IA e legal system.

Eguualmente, per quanto concerne la eventuale dismissione della Piattaforma ODR, pare opportuno sottolineare che nel 2019 la Piattaforma ODR europea *“è diventata un hub multilingue che ha attratto 8,5 milioni di visitatori, con 120,000 controversie presentate”*⁵⁷; essa si configuri come *“uno dei siti più visitati della Commissione europea (2,5 milioni di visite nel 2022)”*⁵⁸, e come dal 2016, data della sua attivazione, *“la Piattaforma ha raccolto 180.000 reclami, di conseguenza da quell'anno si sono registrate sulla piattaforma 19,000 imprese, dalle grandi piattaforme alle PMI”*⁵⁹.

⁵³ P. 1 della proposta n. 647.

⁵⁴ P. 1 della proposta n. 647.

⁵⁵ P. 3 della proposta n. 647.

⁵⁶ M. SCIACCA, *op. cit.*, 72, che richiama anche gli studi di Roland Volg, Executive Director of the Stanford Program Law presso la Stanford Law School.

⁵⁷ Relazione della Commissione europea n. 648 del 17 ottobre 2023, 11.

⁵⁸ Relazione cit., 7.

⁵⁹ Relazione cit., 8.

In conclusione, si osserva come lo strumento della Piattaforma ODR potrebbe invece rappresentare, una volta opportunamente ripensato e rafforzato, un utile strumento di tutela dei consumatori on line all'interno di una nuova politica europea di *Consumerism in the Digital Age*.

4. Osservazioni conclusive

A margine delle precedenti considerazioni, si può osservare che i sistemi di giustizia predittiva potrebbero trovare oggi utile applicazione non solo all'interno del sistema giurisdizionale⁶⁰ ma anche all'interno procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

Più precisamente gli strumenti di giustizia predittiva potrebbero assolvere alla funzione di collocarsi in una funzione *ausiliare*, e non sostitutiva, rispetto all'organo giustiziale svolgendo una funzione complementare ad esso mediante il ricorso a “*software oggi usati soprattutto da studi legali e compagnie di assicurazione, ma che vanno estendendosi rapidamente anche alle pubbliche amministrazioni*”⁶¹.

In questo senso il livello di permeazione della tecnologia in relazione alla soluzione alternativa delle controversie on line si potrebbe configurare in prima battuta come un apporto di *supportive Technology*, consistente cioè nell'assicurare una “*funzione di assistenza nell'attività dei soggetti coinvolti, a vario titolo, nel processo (ad esempio nella ricerca di precedenti tramite banche dati telematiche)*”⁶² – e non già invece svolgendo funzioni di *replacement Technology*, in cui lo strumento digitale sostituisce l'attività umana del soggetto giudicante – configurandosi come *Instrumental ODR*.

In proposito è interessante notare come recentemente si stia sviluppando una importante riflessione in ordine alla possibilità di estendere il perimetro delle funzioni relative alle ODR, in cui l'IA

⁶⁰ Con Regolamento europeo n. 206 approvato il 21 aprile 2022, “*l'intero settore giustizia dovrà confrontarsi previsti dal primo quadro normativo di settore. Figurano, infatti, tra le applicazioni AI qualificate ad alto rischio anche quelle relative all'amministrazione della giustizia*”, così M. SCIACCA, *op. cit.*, 70.

⁶¹ M. BARBERIS, *op. cit.*, 8.

⁶² G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, in *Il giusto processo*, 2020, 270.

invece “*svolge autonomamente funzioni decisionali o conciliative*”⁶³, dando vita a *Principal ODR*.

In conclusione, la sperimentazione di meccanismi della IA al sistema giustiziale, *lato sensu* inteso, rappresenta una naturale evoluzione delle più moderne applicazioni tecnologiche all'interno del diritto, dal momento che “*il diritto già da tempo è entrato nella società tecnologica*”, potendosi infatti “*reformulare l'antico brocardo latino ubi societas tecnologica, ibi ius*”⁶⁴, nella consapevolezza che “*l'era del digitale apre a prospettive incredibili e impone a ciascuno di noi di rivedere in radice i propri strumenti di analisi, rimuovendo consolidati paradigmi e superando radicati precetti*”⁶⁵.

⁶³ G. LISELLA, *op. cit.*, 270.

⁶⁴ T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2022, 9.

⁶⁵ N. LIPARI, *op. cit.*, 730. Si veda altresì, sul punto, F. ROMEO, *Un percorso di machine learning al concetto di diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020.

PASSATO E PRESENTE

LUDWIG v. RÖNNE

IL DIRITTO PUBBLICO
DELLA MONARCHIA PRUSSIANA
(parte seconda)*

TITOLO SECONDO

*Obbligo del Governo di amministrare
le entrate e le spese dello Stato
in conformità al bilancio dello Stato*

§ 117

A. Dalla determinazione dell'art. 99 della carta costituzionale, secondo cui ogni anno tutte le entrate e tutte le spese dello Stato debbono essere portate in preventivo nel bilancio dello Stato e questo bilancio (prima dell'inizio dell'anno finanziario) deve essere fissato con legge, in collegamento con la determinazione di cui al comma 2 dell'art. 104, nel senso di presentare il rendiconto generale del bilancio dello Stato ogni anno alle Camere per il discarico del Governo, segue automaticamente che il Governo ha l'obbligo di amministrare le entrate e le spese dello Stato in conformità alla legge sul bilancio dello Stato ed al bilancio dello Stato fissato con essa per legge e proprio per questo da considerare componente con valenza integrativa della legge sul bilancio dello Stato.

Sono da considerare, però, alla pari del bilancio dello Stato, in queste questioni, quelle leggi che lo modificano ovvero lo completano oppure che, per l'esercizio corrente ovvero dopo la chiusura della legge di bilancio per l'esercizio finanziario successivo, prescrivono un'entrata ovvero una spesa. Il bilancio dello Stato, di fianco alle leggi di bilancio e finanziarie da ultimo considerate, costituisce pertanto la norma di legge per l'intera amministrazione finanziaria rimessa al Governo ed in effetti quest'ultimo è certo obbligato a di-

* La prima parte della traduzione è stata pubblicata sul volume n. 1/2023 di *Percorsi costituzionali*. Traduzione a cura di Clemente Forte.

mostrare l'osservanza delle prescrizioni ad esso conferite non solo nei rapporti finanziari, ma anche nella direzione della rendicontazione alle Camere quale ad esso spetta dopo la fine dell'anno finanziario, nel senso di rimanere responsabile per ogni deviazione dalla norma fissata, fino a che non l'abbia giustificata.

Sta ora, però, nella natura delle cose che non sia possibile fissare preventivamente il bilancio dello Stato in modo tale che non possano verificarsi deviazioni da esso, ma che, dovendo accadere che esso venga fissato prima dell'inizio dell'anno, la conseguenza sia che possono verificarsi tanto entrate quanto spese che non sono predeterminabili all'epoca dell'emanazione della legge di bilancio, in quanto condizionate da situazioni di fatto. L'accoglimento prescritto dall'art. 99 della carta costituzionale di tutte le entrate e di tutte le spese nel bilancio dello Stato ha pertanto anzitutto e solo il significato secondo cui le entrate e le spese prevedibili dell'anno finanziario debbono essere assunte sulla base della prescritta messa a preventivo nel bilancio dello Stato. Ma non ne consegue che non possano verificarsi scostamenti dal preventivo di bilancio. Il livello delle entrate previste così come quello delle spese messe a preventivo si possono conformare, in seguito a circostanze non previste da più punti di vista, diversamente da come è stato inserito nel preventivo; possono verificarsi maggiori o minori entrate, così come maggiori o minori spese, le quali non sono state affatto considerate nel preventivo, nella misura in cui non erano prevedibili e nella misura in cui possono diventare necessarie spese su cui non si era fatto conto. Ne deriva però l'obbligo per il Governo di rassegnare il conto alle Camere anche per tutti questi orientamenti ed in particolare esso è legato al fatto di giustificare gli avvenuti scostamenti dal bilancio, ma in special modo le eccedenze di bilancio, e di sottoporli all'autorizzazione delle Camere.

B. La carta costituzionale non contiene determinazioni su tutti i principi da seguire per tutti questi rapporti¹, nel momento in cui certi principi e certe regole qui rilevanti sono desumibili in parte dalla natura delle cose, in parte dalla prassi sinora seguita.

¹ Sui tentativi che sono stati fatti da parte del Governo dell'Impero (per ora, peraltro, senza successo) di chiudere la lacuna in essere per l'Impero con l'emanazione di "una legge sull'amministrazione delle entrate e delle spese dell'Impero", cfr. il mio *Staatsr. d. D. R.*, 2^a ed., vol. II, parte 1, § 89, 160 ss.

1. Anzitutto, è evidente che anche tutte le entrate e tutte le spese dello Stato non previste debbano essere portate a conoscenza e all'approvazione delle Camere. Per ciò che riguarda però la trattazione di queste spese, che indubbiamente non sono state immesse nel bilancio dello Stato, ma che sono state autorizzate con una legge speciale successivamente alla fissazione del bilancio dello Stato, non c'è bisogno di una legge di modifica o di sanatoria, ma vengono in applicazione, per questo caso, i principi che valgono per le eccedenze di bilancio.

2. Se, a giudizio del Governo, nella gestione dello Stato emergono esigenze che nella predisposizione del bilancio dello Stato o non sono state previste affatto ovvero non lo sono state in maniera sufficiente e se, al riguardo, sono state fatte delle spese eccedenti il bilancio concordato, il Governo, in coerenza con il comma 1 dell'art. 104 della carta costituzionale, è obbligato ad acquisire l'approvazione successiva delle Camere per queste eccedenze di bilancio. Spetta perciò alle Camere il diritto di verificare se sono giustificate le eccedenze di bilancio intervenute e ne consegue di per sé che esse, nel caso non possano acquisire un convincimento al riguardo, sono altrettanto autorizzate quanto obbligate a rifiutare la loro approvazione.

Questo rifiuto si giustifica solo nella misura in cui le Camere non possano riconoscere che le deviazioni dal bilancio sono state necessarie per la gestione del Governo secondo costituzione; è anche evidente che le Camere, se riconoscono la necessità di una maggiore spesa, non possono rifiutare la sua successiva approvazione, così come è anche evidente che nulla impedisce loro di approvare successivamente anche eccedenze di bilancio solo utili e, inoltre, che la dimostrazione completa dell'utilità della spesa (*in rem versio*) può essere in grado di liberare dalla responsabilità per l'eccedenza. In riferimento all'eccedenza del bilancio delle spese, però, in caso di approvazione successiva rifiutata, la questione si pone come se sin dall'inizio non si fosse verificato un accordo circa la necessità delle spese in questione; perché l'attività unilaterale di spesa deve essere considerata come un semplice dato di fatto e in quanto tale non può annullare retroattivamente il diritto di autorizzazione delle Camere, che consiste nella necessità di un accordo sul fabbisogno dello Stato.

Pertanto, è anche del tutto evidente che, poiché i bilanci dei vari uffici centrali e delle relative rubriche possono essere oggetto di accordo in maniera separata ed essi possono essere fissati sul piano legislativo con la legge sul bilancio generale dello Stato, e poiché le eccedenze in un bilancio o in una rubrica non possono essere coperte ovvero autorizzate a valere sul risparmio in altri bilanci o altre rubriche, occorrerebbe allora concordare, in particolare, una determinazione sulla questione, determinazione che sarebbe da inserire nel bilancio dello Stato o nella legge che lo fissa.

Inoltre, è fuor di dubbio anche il fatto che c'è bisogno dell'approvazione di ognuna delle due Camere per poter considerare approvate le eccedenze, sicché, quindi, ogni eccedenza rimane non giustificata fino a quando non sia stata autorizzata successivamente tanto dalla Camera dei deputati quanto dalla Camera dei Signori. Questo non deriva solo dall'espressione: "approvazione delle Camere" di cui al comma 1 dell'art. 104 della carta costituzionale, ma del tutto in particolare anche dalla natura del sistema bicamerale, laddove la questione non può essere vista come se entrambe le Camere dovessero unirsi nel rifiuto, che piuttosto già esiste se nessuna determinazione, formulata in maniera concorde da entrambe le Camere, esprima successivamente il riconoscimento ovvero l'autorizzazione. Quest'approvazione successiva è solo un'integrazione della legge di bilancio da concordare in base all'art. 99 della carta costituzionale.

Quanto alle conseguenze, però, se l'una o l'altra delle Camere rifiuta l'autorizzazione oppure se entrambe le Camere concordano al riguardo, non può esservi dubbio sul fatto che la responsabilità per l'eccedenza non giustificata rimane allora a carico di quel ministro che l'ha posta in essere sottoponendola alla relativa emanazione² (art. 44 della carta costituzionale).

²La circostanza secondo cui, in base alla situazione di oggi delle condizioni della costituzione, mancano strumenti giuridici sufficienti attraverso cui le Camere siano in grado, di contro alla negata autorizzazione, di procurare alla ferma posizione del Governo per cui le spese sono necessarie, un'efficacia anche sul piano materiale, non può cambiare nulla in linea di principio, ma mostra solo la necessità della copertura della lacuna comunque in essere. Le Camere non si trovano però a questo riguardo del tutto senza strumenti. Anzitutto, spetta loro il diritto di rivolgersi con un'istanza (in forma di un indirizzo – art. 81 della carta costituzionale) al Re, che può allora disapprovare il modo di procedere dei suoi servitori, nel qual caso allora ha luogo senza dubbio anche una richiesta di tipo civilistico contro di essi. Per contro, l'art. 61 della carta costi-

Inoltre, dal momento che anche la mancata effettuazione di spese fissate in bilancio contiene uno scostamento dalle determinazioni di quest'ultimo, spetta al Governo anche a questo riguardo l'obbligo di giustificare alle Camere il proprio modo di procedere. Perché, quando queste ultime, nel momento in cui hanno considerato l'attività di spesa in questione necessaria o utile, hanno accolto in bilancio la spesa, non spetta alla valutazione puramente unilaterale del Governo se esso vuole effettuarla ovvero tralasciarla, ma il Governo è vincolato ad illustrare le ragioni che hanno dato occasione allo scostamento rispetto a quanto fissato in bilancio.

Alle Camere però spetta la competenza a sottoporre queste ragioni alle proprie verifiche e il Governo rimane responsabile per l'omissione di tali spese nella misura in cui questa verifica non dovesse portare all'autorizzazione del suo modo di procedere. L'accoglimento di una posta di spesa in bilancio non contiene affatto, però, evidentemente, l'obbligo per il Governo di utilizzare i mezzi ad esso autorizzati, ma è indubbio che a questo riguardo esiste anzitutto solo un'"autorizzazione" ad effettuare la spesa, e pertanto non c'è bisogno di una giustificazione più precisa, per cui il Governo è non solo autorizzato, ma anche obbligato a tralasciarne l'utilizzo quale è stato autorizzato se cause effettive dovessero rendere inammissibili o non necessarie le spese previste in bilancio, e quindi a lasciar intervenire un risparmio a vantaggio delle casse dello Stato.

Solo che ciò non esclude che, anche in questi casi, alle Camere spetti, in funzione di controllo, il diritto di chiedere per ogni singolo caso l'illustrazione delle motivazioni che hanno dato motivo al Governo di tralasciare le spese considerate necessarie o utili dalle Camere e la decisione sulla questione se questa omissione sia stata giustificata non può sottostare alla valutazione unilaterale del Governo, ma rimane, così come ogni eccedenza rispetto alle autorizza-

zionale non contiene qui – a prescindere dal fatto che la legge sulla riserva di responsabilità ministeriale ancora non è stata emanata – una protezione sufficiente, poiché in tal modo i ministri possono essere accusati solo per violazione della costituzione, per corruzione e per tradimento, e in molti casi non potrà essere accolta un'eccedenza di bilancio disapprovata dalle Camere a questo riguardo. Se dunque dovrà essere reso effettivo con successo il diritto in discorso delle Camere, sarà indispensabile interessare gli istituti a questo riguardo necessari ed in particolare fissare la corte ed il procedimento ai fini dell'indagine e della decisione di conflitti di tal genere. – cfr. sui principi in riferimento alla responsabilità dei ministri per il mancato rispetto dei bilanci: v. Mohl, *Württemberg St. R.* (2^a ed), vol. I, § 109, 625 ss., e vol. II, § 280, 755 ss.

zioni di bilancio, sottoposta al controllo delle Camere, nei cui confronti il Governo è responsabile anche da questo punto di vista.

3. In riferimento al trattamento formale ed al concetto di eccedenza di bilancio in questione, nel comma 1 dell'art. 104 della carta costituzionale occorre evidenziare quanto segue:

a. La questione del trattamento formale delle eccedenze di bilancio e delle spese fuori bilancio, che non necessita di regolamentazione legislativa, è diventata più volte oggetto di trattative tra la rappresentanza ed il Governo. Già a proposito della revisione della carta costituzionale ottriata del 5 dicembre 1848, la Commissione per la revisione della seconda Camera si è espressa in modo unanime al riguardo, nel senso che è obbligo del Governo ricercare in tutti i casi, quanto più velocemente possibile, l'approvazione successiva presso le Camere delle spese intervenute al di là del bilancio, così come delle eccedenze di bilancio vere e proprie quanto delle spese straordinarie, nel senso che ciò non può essere rinviato fino alla presentazione del rendiconto generale sul bilancio dello Stato³. In riferimento a ciò, anche nella discussione della prima relazione sul rendiconto presentata dal Governo sulle entrate e sulle spese dello Stato del 1848, la Commissione centrale per il bilancio della seconda Camera, nella sua relazione del 19 febbraio 1850⁴ rassegnata al riguardo, ha tradotto in proposta questo principio, in effetti da seguire in futuro in modo tale che il Governo debba richiedere l'autorizzazione con una proposta particolare in cui venga richiesto un credito successivo, e a questa impostazione ha aderito la seconda Camera nella seduta del 23 febbraio 1850⁵.

Anche nel 1851 la Commissione centrale del bilancio della Camera dei deputati, nella sua relazione del 25 aprile 1851⁶, chiese “di dichiarare opportuno e necessario che l'autorizzazione alle eccedenze di bilancio dopo la chiusura dei conti debba essere cercata immediatamente in vista della successiva assemblea delle Camere”,

³ Cfr. la relazione della Commissione di revisione della II Camera del 18 settembre 1849 (atti 1849, n. 150 e resoconto stenografico 1849-50, vol. I, 379 ss.).

⁴ Cfr. atti della II Camera 1849-50, n. 585, e resoconto stenografico della II Camera 1849-50, vol. V, 3263-65.

⁵ Cfr. resoconto stenografico *op. cit.*

⁶ Cfr. atti della II Camera 1850-51, n. 276, e resoconto stenografico della II Camera 1850-51, vol. IV, 1233-35.

e, dopo che anche il ministro delle finanze si era dichiarato d'accordo con ciò, la seconda Camera diede il proprio assenso alla richiesta nella seduta del 1° maggio 1851⁷. In conseguenza di ciò, il Governo ha specificato per il 1852 le eccedenze di bilancio per il 1849 e per il 1850.

La Commissione centrale del bilancio del tempo non considerò però questa strada opportuna, perché non rendeva possibile acquisire una panoramica chiara senza una contemporanea presentazione del rendiconto generale e proprio un tale collegamento sarebbe in accordo con la costituzione, la quale, nel medesimo articolo (104), tratta la questione relativa alle eccedenze di bilancio e quella riguardante la presentazione del rendiconto generale⁸.

Il Governo si piegò a quest'impostazione, sebbene quest'ultima non sia pervenuta alla trattazione ed alla deliberazione, e da allora ha presentato sempre la dimostrazione delle eccedenze di bilancio insieme al rendiconto generale. Quando di conseguenza, nella discussione del rendiconto generale per il 1853, fu fatta la verifica, per il bilancio del ministero del commercio, in ordine a maggiori spese che risultavano riportate tra le eccedenze di bilancio senza che fossero appostati fondi in bilancio *ad hoc*, la Commissione bilancio sollevò un'obiezione contro questo modo di gestire, perché in tal modo sarebbe diventato illusorio il diritto, secondo costituzione, della rappresentanza di autorizzare le spese e si espresse al riguardo nel senso che "quando si verificano nel corso dell'anno spese che il Governo ritiene necessarie ed opportune e per le quali in bilancio non risultino esposti fondi, esse debbono essere sussunte nel bilancio successivo e debbono essere in tal modo portate all'approvazione della Camera, oppure in merito deve essere presentata a quest'ultima una legge particolare in vista della successiva seduta"⁹.

Tanto la Camera dei deputati quanto la Camera dei Signori¹⁰ non aderirono alla richiesta di riconoscere simili maggiori spese

⁷ Cfr. resoconto stenografico della II Camera 1850-51, vol. II, 1203-4.

⁸ Cfr. la relazione della commissione centrale per il bilancio del 7 e dell'11 maggio 1852 negli atti della II Camera 1851-52, vol. VI, n. 316, 3-4 e 65.

⁹ Cfr. la relazione della Commissione bilancio del 7 aprile 1856 (atti della Camera dei deputati 1855-56, vol. V, n. 237, 22 ss. e resoconto stenografico della Camera dei deputati 1855-56, vol. V, 386 ss.).

¹⁰ Cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati sulla seduta del 14 aprile 1856, 1053, e resoconto stenografico della Camera dei Signori sulla seduta del 2 maggio 1856, 467.

come eccedenze di bilancio; fu tuttavia omesso di decidere sul futuro trattamento di tali spese fuori bilancio. Il rappresentante del Governo chiarì però che il Governo sarebbe stato disposto a rendere separate in modo visibile spese del genere dalle restanti eccedenze di bilancio. Quest'ultimo modo di procedere è stato di regola osservato e la Commissione bilancio lo ha considerato sufficiente quando maggiori spese di tal genere urgenti e in alcuni casi inevitabili sono state sussunte nell'elenco delle eccedenze di bilancio vere e proprie, ma separatamente da queste, e nella loro approvazione ad opera della rappresentanza è stato posto l'accento sul fatto che non si tratterebbe al riguardo di una vera e propria eccedenza di bilancio nel senso dell'art. 104 della carta costituzionale¹¹. Proprio nella sessione del 1862 la questione (a proposito dell'esame del progetto di legge sull'istituzione e sui poteri dell'Alta Camera dei conti) tornò di nuovo in discussione¹².

La Commissione preparatoria di questo progetto di legge differenziò le vere e proprie eccedenze di bilancio dalle spese straordinarie, per le quali il bilancio non ha mezzi di copertura. In riferimento alle prime, la Commissione decise di richiedere la dimostrazione delle medesime ai fini della decisione delle Camere del *Landtag* insieme al rendiconto generale dell'anno interessato; per contro, la dimostrazione delle spese fuori bilancio doveva essere richiesta al più tardi l'anno successivo rispetto al quale esse si erano determinate ed essa doveva essere allegata al bilancio generale dello Stato in vista della concessione della successiva autorizzazione da parte del *Landtag*. Il citato disegno di legge non pervenne però alla discussione nel *plenum* per l'intervenuto scioglimento della Camera dei deputati e la questione rimase ancora irrisolta.

La Commissione bilancio della neoeletta Camera dei deputati nel 1862 l'ha successivamente fatta di nuovo oggetto di discussione e l'ha così proposta nella propria relazione rassegnata al riguardo il 25 giugno 1862¹³, "richiedere al Governo di presentare: a) la dimo-

¹¹ Cfr. la relazione della Commissione bilancio della Camera dei deputati negli atti della stessa 1856-57, vol. IV, n. 186, 44, e resoconti stenografici 1856-57, vol. IV, 443-444, atti della stessa 1857-58, vol. III, n. 117, 46.

¹² Cfr. la relazione della Commissione del 7 marzo 1862 nel 7 marzo 1862 nei resoconti stenografici della Camera dei deputati 1862, vol. II, appendice n. 77, 494-495, ed atti della Camera dei deputati n. 87, 29 e 40.

¹³ Cfr. atti della Camera dei deputati 1862, VII legislatura, 1. sessione, vol. II, n.

strazione delle eccedenze di bilancio caso per caso, *b*) la dimostrazione ogni anno delle altre spese straordinarie che non sono previste nel bilancio dello Stato, sulla base del conseguente rendiconto finale nella successiva sessione finale del *Landtag* in vista dell'approvazione successiva". Questa proposta la Camera dei deputati l'ha approvata nella seduta del 5 luglio 1862¹⁴ ed il Governo vi si è dichiarato d'accordo¹⁵.

Al riguardo, si era da tutte le parti d'accordo, però, sul fatto che "con l'approvazione successiva" non veniva al contempo espresso il discarico del Governo per quanto riguarda la rendicontazione, ma solo un consenso provvisorio che autorizzava in sé le spese, nonché sul fatto che, in ogni caso, le eccedenze di bilancio e le spese fuori bilancio, dopo che i conti in merito sono stati presentati all'Alta Camera dei conti, dovevano ancora essere dimostrati successivamente nel rendiconto generale e dovevano essere presentati al *Landtag* per il discarico definitivo del Governo¹⁶. La legge del 27 marzo 1872, concernente l'istituto e la competenza dell'Alta Camera dei conti¹⁷, ha, in corrispondenza di ciò, determinato nel § 19, comma 3, che alle Camera del *Landtag* deve essere ogni volta pre-

63 e resoconto stenografico della (nuova) Camera dei deputati 1862, vol. V, all. n. 55, 402 ss.

¹⁴ Cfr. il resoconto stenografico della (nuova) Camera dei deputati del 1862, vol. I, 493 ss.

¹⁵ Alla richiesta posta in Commissione bilancio, ma da questa respinta, di "presentare la dimostrazione in questione direttamente dopo la fine dell'anno", il Governo obiettò la sua inattuabilità, poiché secondo gli istituti esistenti nel sistema delle casse (*Kassenwesen*) e con la chiusura dell'unione doganale tra Stati la chiusura dei libri della cassa generale dello Stato potrebbe aver luogo proprio il 15 marzo e successivamente la compilazione della chiusura richiederebbe ancora molto tempo (fino alla fine di marzo), sicché la presentazione della dimostrazione potrebbe aver luogo non prima del mese di maggio, epoca alla quale la chiusura del *Landtag* o si era già avuta o era imminente. Il Governo obiettò alla richiesta presentata lo stesso, ma tuttavia parimenti respinta dalla Commissione bilancio, nel senso di preparare un bilancio suppletivo sulle eccedenze di bilancio e sulle spese straordinarie fuori bilancio. Ciò in quanto un bilancio è un preventivo, rispetto al quale le eccedenze avrebbero ad oggetto le relative spese che sono state effettuate al di là del bilancio stabilito e che si basavano su un conto già depositato. Non c'era bisogno, pertanto, di un bilancio su queste spese; si trattava solo, in base all'art. 104 della carta costituzionale, di una loro approvazione successiva, che poteva essere concessa sulla base di una speciale dimostrazione (cfr. il parere della Commissione del 25 giugno 1862 nella nota 3 [*supra* n. 13] di prima).

¹⁶ Cfr. la relazione della Commissione del 25 giugno 1862 nei resoconti stenografici della Camera dei deputati 1862, vol. V, all. n. 55, 404.

¹⁷ Cfr. gazzetta speciale 1872, 278 ss.

sentata una dimostrazione delle eccedenze di bilancio e delle spese fuori bilancio nell'anno successivo rispetto a quando esse si sono determinate, in vista della susseguente approvazione, e che però, con questa approvazione, non vengono toccate le memorie di cui alla rendicontazione¹⁸.

b. La questione prima oggetto di discussione sulla dimensione del concetto di “eccedenze di bilancio” nel senso del comma 1 dell'art. 104 della carta costituzionale¹⁹ risulta ora decisa con il comma 1 dell'art. 19 della legge 27 marzo 1872, concernente l'istituzione e le competenze dell'Alta Camera dei conti²⁰. Di conseguenza, le eccedenze di bilancio nel senso dell'art. 104 della carta costituzionale sono le maggiori spese che si sono verificate a fronte del singolo capitolo e del singolo titolo di cui al bilancio dello Stato fissato secondo l'art. 99 *cit.* ovvero a fronte dei titoli dei bilanci speciali approvati dalla rappresentanza, nella misura in cui i singoli titoli non risultino contraddistinti espressamente come trasferibili e per essi le maggiori spese per un titolo vengono compensate con le minori spese per altro titolo; per titolo di un bilancio speciale però occorre qui ricomprendere ogni posta che è sottoposta ad una decisione autonoma della rappresentanza e che è stata resa riconoscibile nel bilancio quale oggetto di una tale decisione.

4. secondo il comma 1 dell'art. 104 della carta costituzionale, per le eccedenze di bilancio è necessaria l'approvazione successiva di entrambe le Camere. Ne consegue però, in collegamento con il principio per cui non è ammissibile una continuità nelle decisioni delle Camere²¹, che l'“approvazione successiva” può avvenire solo in un'unica sessione, non in due distinte sessioni, in modo tale che

¹⁸ Cfr. al riguardo la relazione della XI Commissione della Camera dei deputati del 30 gennaio 1872 nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1871-72, all. vol. II, atto n. 148, 839 e 857 ss.

¹⁹ Sulle precedenti divergenze di opinioni al riguardo sussistenti tra Governo e rappresentanza, che non hanno più al momento un significato pratico, cfr. le comunicazioni speciali della 3. ed. di questo lavoro, vol. I, parte 1, § 66, *sub* II, 420-424. Cfr. anche i motivi per i §§ 17 e 18 del progetto dell'Alta Camera dei conti, legge del 27 marzo 1872 nei resoconti stenografici della Camera dei deputati 1871-72, all. vol. I, atti n. 21, 140 e la relazione della Commissione della Camera dei deputati del 30 gennaio 1872, nei resoconti stenografici della medesima 1871-72, atto n. 148, 839, col. 2 e 856 ss.

²⁰ Cfr. gazzetta speciale 1872, 283.

²¹ Cfr. *supra* § 89, 365.

una Camera fornisca la propria approvazione in una sessione, l'altra in un'altra sessione²². L'esame e l'approvazione successiva delle eccedenze di bilancio e del discarico del Governo in virtù del rendiconto generale dovevano essere profondamente tenuti distinti l'uno dall'altro; perché prima che sia intervenuta l'approvazione di entrambe le Camere per le eccedenze di bilancio, non può essere approvato il discarico sul rendiconto generale, dal momento che le eccedenze di bilancio costituiscono una parte integrante del rendiconto generale e la Camera dei deputati non può precedere le decisioni della Camera dei Signori in ordine all'approvazione delle eccedenze di bilancio²³.

La forma in cui viene concessa l'approvazione successiva delle Camere sulle eccedenze di bilancio intervenute è quella in base alla quale le decisioni delle Camere che esprimono questa ratifica (*Ratifikation*) vengono approntate per il dicastero²⁴.

TITOLO TERZO

*Conseguenze di diritto pubblico della mancata approvazione del bilancio dello Stato*²⁵

§ 118

Fissando, l'art. 99 della carta costituzionale, che “tutte le entrate e tutte le spese dello Stato debbono essere messe in preventivo

²² Questo principio l'ha accolto la Commissione bilancio della Camera dei deputati nel parere del 16 maggio 1863 (atti 1863, VII legislatura, I sessione, vol. IV, n.170 e resoconto stenografico 1863, vol. V, annesso n. 138, 1176), contro cui il rappresentante del ministero delle finanze ha espresso l'opinione secondo cui il Governo poteva essere d'accordo in modo particolare con ciascuna delle due Camere e questo poteva accadere anche in diverse sessioni.

²³ Cfr. la relazione della Commissione citata nella nota precedente.

²⁴ L'approvazione successiva delle occorse eccedenze di bilancio è propriamente un accordo delle Camere con il Governo, integrativo e modificativo della legge di bilancio decorsa, e costituirebbe pertanto la strada più corretta per esprimere e pubblicare l'intervenuto accordo tra i tre fattori della legislazione nella forma di una legge successiva integrativa della legge di bilancio: questa impostazione l'ha accolta come giusta anche la Commissione bilancio della Camera dei deputati nel parere del 16 maggio 1863 (atti 1863, VII legislatura, I sessione, vol. IV, n. 170, e resoconto stenografico 1863, vol. V, allegato n. 137, 1167), ma essa ha al contempo preso le distanze dal fatto di avanzare una proposta a questo riguardo. Sul punto di vista opposto del Governo cfr. *supra* 620, nota 5 [nota 15].

²⁵ Cfr. sull'argomento: Dr. Lasker, *Was geschiet, wenn das Etatsgesetz nicht zur Vereinbarung gelangt?* (in *Dr. Oppenheim's Deutschen Jahrb. für Politik u. Lit.*, vol. IV,

ogni anno ed essere portate nella legge di bilancio dello Stato”, e che “quest’ultimo deve essere fissato annualmente per legge”, esso parte dalla premessa che si debba pervenire ad un accordo tra il Governo e le due Camere, laddove la carta costituzionale tace del tutto per il possibile caso che un tale accordo possa non venire approvato prima dell’inizio dell’anno finanziario. La questione di quali effetti ciò determini costituisce uno dei punti controversi più importanti del diritto costituzionale prussiano²⁶.

1. Sebbene il conflitto tra i poteri dello Stato sulla questione qui in esame sia diventata fiammeggiante per il fatto che la Camera dei deputati, nella legge sul bilancio dello Stato presentata dal Governo per il 1862, non aveva indicato i costi richiesti dal Governo per la riorganizzazione dell’esercito, la questione trova però la propria origine già in epoca precedente e la sua comprensione dipende dalla conoscenza degli avvenimenti storici interessati. Questa rappresentazione deve essere pertanto premessa.

Dopo che la legge del 6 aprile 1848 su alcuni fondamenti della

41 ss. e nello scritto: “*Zur Verfassungsgeschichte Preussens*”, 355 ss.). – Il nostro *Finanzrecht* (Berlino 1866 con A. Paul u. Komp.) e la recensione di questo scritto nello *Schlesischen Zeit* 1866, n. 393. – Dr. Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preuss. Verf.-Urk. unter Berücksichtigung der Verf. des Nordd. Bundes* (Berlino 1871) [riproduzione separata nel *Behrend's Zeitschr. für Gesetzgeb. u. Rechstpflge in Preussen*, vol. IV, 625 ss.] [cfr. trad. it. Diritto del bilancio, a cura di C. Forte, Milano, 2007]. In merito recensione di Zachariä, nel *Götting. gelehrten Anzeigen*, anno 1871, parte 10, 361 ss. – Id., *Das Finanzrecht des D. Reiches* (in *Hirth's Annal.*, anno 1873, 405 ss.) nella parte degli effetti della legge di bilancio (pp. 548 ss.) – Dr. Gneist, *Budget u. Gesetz nach dem konstit. Staatsrecht Englands* (Berlino 1867). Id., *Gesetz u. Budget* (Berlino 1879) [cfr. trad. it. Rudolf Gneist, Georg Jellinek, Legge e bilancio. Legge e decreto, a cura di C. Forte, Milano, 1997] – *Das Englische Budgetrecht* (nei *Grenzboten*, anno XXVI, n. 15, 41 ss.) – *Sieben Worten der Verfassung* (in *Haym's Preuss. Jahrb.*, vol. XI, 162 ss.) – *Der Preuss. Landtag von 1865* (nel *Deutscher Vierteljahrschrift*, anno 1866, q. 1, 21 ss.). – *Das Finanzgesetz nach der Preuss. Verfassung* (nel *Dr. Glaser's Jahrb. für Gesellschafts- u. Staatswissenschaften*, anno I, vol. I, 199 ss.) – Dr. H. Schulze, *Preuss. St. R.*, vol. II, § 201, 441 ss. – G. Meyer, *Lehrb. des D. St. R.*, § 207, 541 ss.

²⁶ L'autore ((al cui punto di vista sulla controversa questione il deputato v. Forckenbeck [come relatore della Commissione bilancio della Camera dei deputati] nella sua relazione orale del 6 ottobre 1862 (cfr. il resoconto stenografico della Camera dei deputati 1862, vol. IV, 2095) ha fatto riferimento)) si è già espresso prima dell'evento del conflitto costituzionale (nella prima ed. di quest'opera, vol. I, 245 ss.) sulla questione qui in discorso nello stesso modo come ora. Sulla questione del punto di vista del diritto pubblico dell'Impero cfr. il mio *St. d. D. R.*, II ed., vol. II, parte I, § 90, 169 ss.

²⁷ Cfr. gazzetta speciale 1848, 87.

costituzione prussiana²⁷ (nel § 6) aveva concesso il consenso sul fatto che ai futuri rappresentanti del popolo prussiano comunque doveva spettare l'assenso su tutte le leggi, così come sulla fissazione del bilancio dello Stato, nonché il diritto all'autorizzazione delle imposte, per l'attuazione di questo assenso il progetto di costituzione, presentato dal Governo il 20 maggio 1848, conteneva nei §§ 70 e 71 le [seguenti] determinazioni: *a*) portare in preventivo e riportare nel bilancio dello Stato, ogni anno, tutte le entrate e tutte le spese dello Stato e fissare questo annualmente con una legge e *b*) imposte e tasse possono essere incamerate per le casse dello Stato solo nella misura in cui siano state sussunte nel bilancio dello Stato ovvero siano stati ordinate da leggi particolari.

Queste determinazioni il progetto di costituzione della Commissione dell'assemblea nazionale (art. 96 e 97) le accolse alla lettera, nel momento in cui fu riconosciuto che, nell'ambito dell'annuale fissazione pubblica del bilancio con una legge quale regola unica dell'amministrazione finanziaria e nell'ambito dell'autorizzazione delle imposte e delle tasse con legge, sono considerati i principi su cui deve basarsi l'ordinamento costituzionale dell'amministrazione finanziaria²⁸. Parimenti, la carta costituzionale ottriata del 5 dicembre 1848 (art. 98 e 99)²⁹ accolse senza modifiche quei due articoli. Tra le "determinazioni generali" venute dopo fu, però (art. 108), aggiunto il principio per cui "si continua a riscuotere le imposte e le tasse esistenti fino a che esse non vengano modificate per legge". Il rapporto tra questa aggiunta da ultimo citata con quegli articoli costituì, nella revisione della costituzione, la difficoltà maggiore.

Da un lato, quell'aggiunta fu vista come una determinazione solo provvisoria, per come stava nel progetto della Commissione dell'Assemblea nazionale tra le disposizioni provvisorie, onde evitare il dubbio se occorresse continuare a corrispondere le precedenti imposte fino al completamento della revisione della legislazione tributaria. Dall'altro lato, l'art. 108 fu inteso in senso tale che il metodo in materia fiscale (*Steuermodus*) sarebbe rimasto fino alla modifica con le modalità della legge, mentre, per contro, la questione se le imposte siano effettivamente da riscuotere in un deter-

²⁸ Cfr. la mia trattazione sulla carta costituzionale, 187, nota 1 (all'art. 99 e 100 della carta costituzionale)

²⁹ Cfr. gazzetta speciale 1848, 388.

minato anno sulla base di questo metodo, deve essere decisa annualmente in occasione della fissazione del bilancio.

Da una parte ancora diversa l'art. 108 fu letteralmente inteso nel senso che tutte le imposte precedenti ovvero anche quelle provvisorie le si debba continuare a riscuotere fino a che esse vengano modificate con legge. La seconda Camera (nelle sedute del 25 e 26 settembre 1849³⁰) decise di cancellare l'articolo aggiuntivo 108 e di mantenere per contro i due articoli principali con alcune modifiche di formulazione e cioè con le seguenti aggiunte: "a) se dovesse ritardare la fissazione del bilancio dello Stato per il periodo di bilancio successivo in riferimento al suo inizio, rimarrebbe in vigore il bilancio da ultimo attuato fino a tale fissazione – fino al massimo, però, di quattro mesi. b) se questo ritardo subentra per il fatto che entrambe le Camere non possono mettersi d'accordo sul bilancio, le imposte precedentemente autorizzate si continua a riscuoterle fino a che non si pervenga all'accordo".

La prima Camera per contro (nelle sedute del 19 e del 20 ottobre 1849³¹) decise il mantenimento dell'art. 108 nella posizione non modificata; ci furono notevoli differenze di opinione sulle determinazioni aggiuntive; in particolare, si affermò l'opinione secondo cui, nel caso di una fissazione del bilancio in ritardo, era da considerare come troppo breve un prolungamento del precedente bilancio solo per quattro mesi, allo scopo di difendere il Governo dalla paralisi. Fu accolta pertanto l'aggiunta secondo cui, "ove la fissazione del bilancio per il periodo di bilancio successivo dovesse ritardare al di là di esso, dovrebbe rimanere valido – ma al massimo per dodici mesi – il bilancio da ultimo attuato fino alla sua successiva determinazione".

Non pervenendosi ad un accordo tra le due Camere si rimase, infine, alle determinazioni degli artt. 98, 99 e 108 della carta costituzionale ottriata del 5 dicembre 1848, le quali sono transitate nella formulazione e nella successione senza modifiche nella carta costituzionale del 31 gennaio 1850, in cui esse ad oggi costituiscono gli artt. 99, 100 e 109. Quando però già il primo anno successivo all'emanazione della carta costituzionale del 31 gennaio 1850 si verificò l'inconveniente (da allora divenuto cronico) del ritardo nell'appro-

³⁰ Cfr. resoconto stenografico della II Camera 1849-50, vol. I, 399 ss.

³¹ Cfr. il resoconto stenografico della I Camera 1849-50, vol. III, 1147 ss.

vazione del bilancio dello Stato, il dicastero, per superare il dubbio se ed in quale misura fosse costituzionalmente ammissibile disporre, prima della fissazione avvenuta per legge del bilancio dello Stato, dei fondi di spesa in esso provvisoriamente accolti, aveva formulato, il 16 dicembre 1850³², la seguente decisione: “*a*) quelle spese dell’amministrazione ordinaria (ordinario), quali sono passate dal bilancio dello Stato dell’anno da ultimo decorso, fissato con la legge di bilancio esaurita, senza modifiche nel progetto di bilancio dell’anno intervenuto *ex novo*, possono essere rese subito pagabili senza particolare dimostrazione della loro necessità; *b*) tutte le altre spese assunte provvisoriamente nel progetto del bilancio dello Stato, quindi quegli aumenti di spesa appartenenti all’amministrazione corrente (ordinario) e tutti i fondi di spesa determinati per far fronte ad esigenze straordinarie (straordinario) si può iniziare a pagarli se sussiste un’obbligazione giuridica a pagare ovvero se la spesa non può essere interrotta, in base alla valutazione del capo dell’amministrazione, senza pericolo per il corso ordinato dell’amministrazione oppure per altri importanti interessi dello Stato”.

I motivi di questa decisione del ministero sottolineano “che dal fatto di continuare la riscossione delle imposte vigenti sanzionata nell’art. 109 della carta costituzionale deriva di per sè l’autorizzazione del Governo ad utilizzare queste imposte per le esigenze dello Stato, la decisione al riguardo circa quali spese siano da valutare come fuor di dubbio ed urgenti fino alla fissazione avutasi per legge del bilancio delle spese spettanti ad ogni capo dell’amministrazione all’interno del suo dipartimento e, ai fini della necessità di quelle spese sussunte nel nuovo progetto di bilancio le quali appartengano all’amministrazione corrente (ordinario) e siano sussunte solo sulla base del bilancio fissato l’anno precedente, depone una supposizione basata sulla fissazione di questo bilancio quale esiste secondo costituzione”.

Questa decisione, così come la sua motivazione, trovò però, nella seconda Camera, la più decisa opposizione³³. Fu posta la richiesta (dal deputato Simson ed altri) “che la Camera, per garantire i propri diritti costituzionali, può depositare una dichiarazione se-

³² Cfr. questa decisione negli atti della Camera dei deputati 1851, n. 124, e nel resoconto stenografico della stessa 1850-51, vol. 1, 330-331 e 1861, vol. V, 630.

³³ Cfr. i dibattiti della II Camera del 24 e 25 febbraio 1851 (resoconti stenografico della II Camera 1850-51, vol. I, 327-361)

condo cui il dicastero, finché non si verifichi la fissazione del bilancio dello Stato per legge, ovvero non sia stata raggiunta un'approvazione espressa delle Camere in ordine ad un prolungamento provvisorio della legge di bilancio da ultimo concordata per una parte dell'anno immediatamente successiva, non è autorizzato per legge, in base all'art 99 della carta costituzionale, a far partire ed effettuare spese per l'anno finanziario immediatamente successivo³⁴. Perché vi sarebbe solo un titolo giuridico in ordine alla spesa delle imposte e delle entrate dello Stato, cioè il bilancio delle spese dell'anno fissato per legge; di una validità della legge di bilancio non si potrebbe parlare – trattandosi proprio di una legge – prima della sua pubblicazione, e con lo scorrere dell'esercizio finanziario per il quale la legge è stata emanata verrebbe meno da sé, come è stato riconosciuto anche a proposito della revisione della costituzione da parte di entrambe le Camere, il fatto che, senza un prolungamento autorizzato dalla costituzione, con gli ultimi giorni dell'anno contabile smetterebbe di avere validità il bilancio delle spese, nel momento in cui, altrimenti, il Governo avrebbe il potere di decidere di prolungare a volontà, mediante un rifiuto all'assenso alla nuova legge finanziaria, quella precedente³⁵.

Il ministro delle finanze v. Rabe rilasciò tuttavia, nella seduta del 25 febbraio 1851³⁶, la dichiarazione “secondo cui il Governo non ha assolutamente posto in questione i diritti delle Camere in ri-

³⁴ Cfr. atti della II Camera 1850-51, n. 111.

³⁵ Cfr. il discorso del deputato Simson nei resoconti stenografici della II Camera 1850-51; vol. I, 327 ss. – nello stesso senso si espressero anche molti altri oratori (cfr. in particolare i discorsi dei deputati v. Beckerath, *op. cit.*, 333, Beseler, *op. cit.*, 339, e del barone v. Vincke, *op. cit.*, 348). Già allora anche il dep. V. Bodelschwing (Hagen), che peraltro accoglieva un punto di vista divergente, aveva formulato la questione nello stesso senso, nel momento in cui spiegava in particolare (*op. cit.*, 344), “che l'art. 99 della carta costituzionale non poteva essere compreso diversamente dal fatto che l'unica base legislativa delle spese dello Stato è il bilancio fissato con legge, e che quindi tutte le spese che non si basano su tale bilancio, hanno bisogno della base legislativa”. – Solo da due deputati fu sollevata l'obiezione di fondo secondo cui, “prima della sua costituzione, il Governo ha solo l'obbligo di fissare il bilancio; questo indubbio principio giuridico si verificherebbe ora, secondo la costituzione, in quei casi d'eccezione in cui un bilancio non possa essere approvato” (v. Kleist-Retzov) *op. cit.*, 335-337), e “su ciò che dovrebbe accadere se una legge finanziaria non sia approvata, al riguardo la costituzione tace del tutto; essa non dice da nessuna parte che in un tale caso è abolito il precedente diritto del Governo di effettuare spese a valere su mezzi dello Stato” (v. Bismarck - Schönhausen, *op. cit.*, 337-339).

³⁶ Cfr. resoconto stenografico della II Camera 1850-51, vol. I, 346-347.

ferimento alla fissazione del bilancio con una determinazione ministeriale del 16 dicembre 1850 e non ha voluto decidere con essa in senso contrario (*gegenueber*) su un principio delle Camere”, e, con riguardo a ciò, la seconda Camera accolse un motivato ordine del giorno, “per cui, con questa dichiarazione del dicastero, dovrebbe essere superata ogni preoccupazione nei confronti di un’interpretazione dell’art. 99 della carta costituzionale tale da danneggiare i diritti delle Camere e perciò dovrebbe essere superata la richiesta del deputato Simson nel suo scopo essenziale”³⁷.

Il Governo si mantenne, ciò nonostante, ai principi della decisione del dicastero del 16 dicembre 1850. Nella sessione del 1860 fu successivamente espressa, su una richiesta del deputato Reichen-sperger della Camera dei deputati nei confronti del Governo, in una risoluzione, l’aspettativa “che quest’ultimo avrebbe fatto il necessario perché in futuro le entrate e le spese dello Stato operassero solo sul fondamento di un bilancio dello Stato già approvato, secondo costituzione, da parte della rappresentanza in riferimento all’anno finanziario interessato”³⁸. Nella discussione al riguardo il ministro delle finanze aveva però chiarito che “il Governo riconosce, sì, che la questione formalmente non si pone nella collocazione corretta, ma che però non esiste un inconveniente materiale a proposito del modo di procedere di prima; si sarebbe proseguito ad effettuare le spese permanenti autorizzate ma non, per contro, le spese straordinarie prima di essere autorizzate; sussisterebbe, quindi, solo la preoccupazione, indubbiamente rilevante, secondo cui questa situazione non sia coerente con la carta costituzionale”³⁹.

Nel corso del 1862 le differenze tra la Camera dei deputati ed il Governo sul bilancio dell’amministrazione militare portarono ad un conflitto totale sulla questione qui in discorso. L’occasione per questo la diede la discussione della relazione della Commissione bilancio della Camera dei deputati sul bilancio in questione⁴⁰. Al ri-

³⁷ Cfr. *op. cit.*, 360-361.

³⁸ Cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati nella seduta del 29 marzo 1860, vol. II, 675-676, e vol. IV, 532, n. 72, relativi atti 1860, n. 42

³⁹ Cfr. la relazione della Commissione bilancio della Camera dei deputati del 22 marzo 1860, resoconto stenografico della Camera dei deputati, vol. IV, 533, n. 73, e relativi atti 1860, n. 151. – Sui tentativi senza risultato per pervenire ad una modifica dell’art. 99 della carta costituzionale onde superare la situazione incostituzionale in questione cfr. *supra* § 116, 610, *sub* 7 [in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2023, 281 ss.].

⁴⁰ Cfr. la relazione della Commissione bilancio del 2 settembre 1862 negli atti

guardo, era stata anzitutto posta una richiesta, da parte dei due deputati Reichensperger, tale da preservare i diritti della Camera dei deputati⁴¹, richiesta che non aveva nel frattempo trovato l'assenso della Camera⁴². Nella Commissione bilancio della Camera dei deputati⁴³ il Governo però chiarì allora il proprio punto di vista ormai accolto, nel fatto “che l'interpretazione sinora data all'art. 99 della carta costituzionale era in contraddizione con una prassi costituzionale di dodici anni del paese e si basava su un'interpretazione non condivisa dal Governo” e che “non spetta alla Camera dei deputati un diritto di autorizzazione esclusivo in base all'art. 99; l'espressione ‘autorizzare’ non si trova in costituzione; in essa domina dappertutto il principio dell'accordo su ogni legge, quindi anche sulla legge di bilancio. Ognuno dei tre fattori [della legislazione-*n.d.C.*]

della Camera dei deputati 1862, VII legislatura, II sessione, vol. IV, n. 138 e relativo resoconto stenografico 1862, vol. VII, 1173 ss., all. n. 126.

⁴¹ Cfr. la richiesta presentata nella seduta del 12 settembre 1862 (resoconti stenografici della Camera dei deputati 1862, vol. III, 1612) dai due deputati Reichensperger negli atti della Camera dei deputati 1862, VII legislatura, 2ª sessione, vol. V, n. 147 e relativo resoconto stenografico 1862, vol. VII, 1351, n. 118, che perveniva al fatto “che il Governo non ha potuto trarre, dal bilancio dello Stato dell'anno precedente (1861), l'autorizzazione ad avviare ovvero a dar corso nell'anno immediatamente successivo (1862) agli importi di spesa previsti in questo bilancio come spese *una tantum* e come spese straordinarie per il mantenimento della capacità di guerra dell'esercito, senza la previa autorizzazione della rappresentanza, ovvero senza ricevere successivamente una dichiarazione di sanatoria, nonché al fatto di dare pertanto motivo al Governo per richiedere questa dichiarazione di sanatoria oppure il riconoscimento del proprio obbligo in tal senso”.

⁴² Cfr. le discussioni al riguardo nella seduta della Camera dei deputati del 16 settembre 1862 nei resoconti stenografici 1862, vol. III, 1717- 23. Tanto nei motivi della richiesta, quanto nella discussione plenaria ad opera dei presentatori della richiesta, era stato fatto riferimento alla circostanza secondo cui il Governo aveva già riconosciuto, nel progetto di legge da esso presentato già nel 1861, il fondamento per non poter dedurre dalle precedenti autorizzazioni di bilancio almeno un diritto all'ulteriore effettuazione di spese che sinora erano state autorizzate solo nel bilancio straordinario, progetto di legge che richiedeva un'aggiunta all'art. 99 della carta costituzionale “per il fatto che, in caso di dilazione nella fissazione del bilancio dello Stato al di là dell'inizio del periodo di bilancio, doveva rimanere in vigore il bilancio precedente – anche se al massimo per sei mesi – in riferimento alle entrate ed alle spese ordinarie correnti fino a tale determinazione” (cfr. il progetto di legge in questione [respinto], insieme alle motivazioni, negli atti della Camera dei deputati 1861, n. 124, e nei relativi resoconti stenografici 1861, vol. V, 627). Cfr. *supra* § 116, 611, nota 3 [in *Percorsi*, cit., n. 1/2023, 284 nota 56].

⁴³ La Commissione bilancio era cioè stata incaricata di consegnare una relazione sulla dichiarazione con cui il Governo aveva nuovamente ritirato il bilancio dello Stato da esso già presentato per il successivo anno finanziario (1863).

ha il diritto di respingere una legge di bilancio e la Corona non ha affatto l'obbligo di autorizzare la legge di bilancio ad essa presentata come se fosse pervenuta dagli emendamenti e dalle decisioni della Camera dei deputati. Dal momento che l'approvazione della legge di bilancio presuppone l'accordo dei tre fattori, si è in presenza di una *tabula rasa*, se un fattore [della legislazione – *n.d.C.*] rifiuta l'assenso.

Ne consegue un diritto d'urgenza del Governo nel senso di continuare a gestire l'amministrazione anche senza una tale legge. Ciò che non è stato espressamente riportato in costituzione per gli altri fattori della legislazione, è rimasto un diritto della Corona. Un'interpretazione autentica dell'art. 99 non può essere data unilateralmente dalla Camera dei deputati⁴⁴. Il punto di vista modificato, assunto successivamente dal Governo, diede occasione allora

⁴⁴ Cfr. questa dichiarazione rilasciata dal Presidente del Consiglio dei ministri dell'epoca *ad interim* v. Bismarck-Schönhausen nella 94ª seduta della Commissione bilancio della Camera dei deputati del 30 settembre 1862 a nome del Governo nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1862, vol. VIII, 1609, ed atti della Camera dei deputati, VII legislatura, I sessione, ed atti della Camera dei deputati 1862, VII legislatura, 1 sessione, vol. V, allegato n. 167, 11. – Si tratta dello stesso modo di vedere che il Presidente del Consiglio v. Bismarck-Schönhausen aveva già sviluppato nella qualità di precedente deputato nella 29ª seduta della II Camera del 24 febbraio 1851 (resoconto stenografico della II Camera 1850-51, vol. I, 337 ss.), nel momento in cui egli tentò di mostrare “che, poiché il Governo prima dell'emanazione della carta costituzionale ha avuto solo il diritto di disporre senza limiti sulla distribuzione e sull'utilizzo dei denari dello Stato, esso da allora, in questo diritto, è stato solo limitato nella misura in cui ciò si verifica ad opera dell'art. 99 della carta costituzionale. Il Governo avrebbe, pertanto, solo l'obbligo di presentare il bilancio dello Stato; la fissazione di quest'ultimo non dipenderebbe dal Governo. Ma la carta costituzionale non dice cosa accadrebbe se la legge in materia non venisse approvata; essa non fissa che in un tale caso viene annullato il precedente diritto del Governo a fare spese a valere dei mezzi dello Stato. L'art. 99 non escluderebbe affatto che in questo caso la legge di bilancio dell'anno precedente continuerebbe a sussistere fino a che essa non sia stata oggetto di un accordo per l'anno successivo; piuttosto, per potere accettare l'opposto, il comma 2 dell'art. 99 avrebbe dovuto fissare che il bilancio ogni anno debba essere determinato per legge, la quale dovrebbe avere validità solo per un anno”. Nella stessa seduta la vide in modo analogo l'allora deputato v. Kleist-Retzov (*op. cit.*, 335-337). Il deputato v. Bodel-Schwingh (Hagen) riguardo a ciò, nella seduta immediatamente successiva del 25 febbraio 1851, rispose “che non valeva la pena di depotenziare quest'interpretazione con controinterpretazioni” (*op. cit.*, 344) ed aggiunse (alla fine del proprio discorso): “se il dicastero dovesse adottare un'interpretazione dell'art. 99 come abbiamo sentito ieri, non riterrei sufficiente la richiesta di un mero mantenimento dei diritti; sarei allora dell'avviso che le Camere dovrebbero compiere altri passi per preservare i propri diritti; passi che hanno portato o dritto all'obiettivo ovvero allo scioglimento (*op. cit.*, 346).

alla Camera dei deputati per fare passi in avanti verso una garanzia formale dei diritti della rappresentanza in riferimento al diritto del bilancio⁴⁵.

Nella decisione del 7 ottobre 1862 chiarì cioè, la Commissione (nel rivolgere al contempo al Governo l'invito alla tempestiva presentazione del bilancio dello Stato per il nuovo, imminente anno finanziario), "che è incostituzionale che il Governo disponga una spesa che è stata definitivamente ed espressamente rifiutata con una decisione della Camera dei deputati"⁴⁶. Nei fondamenti delle motivazioni di questa decisione viene fatto presente "che tutte le spese dello Stato possono essere effettuate, ovvero possono essere giustificate costituzionalmente (art. 99), solo sulla base della legge di bilancio da concordare preventivamente per ogni anno, ovvero eccezionalmente, sulla base di leggi particolari oppure di speciali autorizzazioni del *Landtag*, e che pertanto il Governo non è autorizzato

⁴⁵ Cfr. i dibattiti della Camera dei deputati nella 60^a e 61^a seduta del 6 e del 7 ottobre 1862 nei resoconti stenografici 1862, vol. IV, 2093-2153, e lo stesso dibattito, come la relazione della Commissione bilancio del 1° ottobre 1862, che sta alla base di questi dibattiti così come della decisione della Camera del 7 ottobre 1862, *ibidem* vol. VIII, 1606 ss., ed atti della Camera dei deputati, VII legislatura, 1 sessione, vol. V, n. 167.

⁴⁶ La Camera dei deputati, prima della formulazione di questa decisione (richiesta dalla Commissione bilancio), ha respinto l'emendamento al riguardo presentato dal deputato barone v. Vincke ed altri (atti della Camera dei deputati 1862, VII legislatura, 1 sessione, vol. V, n. 173, 1, e resoconto stenografico 1862, vol. VIII, annesso n. 152, 1610), emendamento che, nei suoi fondamenti avuto riguardo alla motivazione, nella misura in cui si trattava della questione costituzionale, si poneva sullo stesso terreno della richiesta della Commissione bilancio. Questo emendamento dichiara cioè: *a*) "che, in base alla lettera ed al chiaro significato dell'art. 99 della carta costituzionale, tutte le spese dello Stato debbono essere fissate con legge e che, pertanto, non esiste un'autorizzazione, nei confronti della rappresentanza, ad effettuare queste spese prima che esse siano state fissate con una legge; *b*) che il precedente modo di procedere, secondo cui all'inizio di ogni anno le spese permanenti fissate con la legge di bilancio dell'anno precedente si è continuato nel frattempo a effettuarle fino alla fissazione per legge del nuovo bilancio dello Stato, non è stato mai riconosciuto sinora come costituzionale, ma è stato piuttosto ammesso da tutti i fattori della legislazione, e che esso contiene una deviazione dal procedimento conforme a costituzione, tale da necessitare di un'autorizzazione successiva della rappresentanza; *c*) che questo modo di procedere si è sempre esteso solo alle spese permanenti espressamente autorizzate nell'anno precedente con la legge di bilancio, per cui non può assolutamente essere fatto valere come precedente per l'ulteriore effettuazione di tali spese, la cui ulteriore autorizzazione è stata espressamente rifiutata dalla Camera dei deputati, e *d*) che alla dichiarazione rilasciata dal Presidente del Consiglio nella 94^a seduta della Commissione bilancio non può essere dato alcun seguito senza violare la costituzione del *Land*".

a sostenere, sulla base di un bilancio dello Stato fissato per un anno precedente, spese in un anno successivo”. Senza dare ulteriore seguito a questa decisione della Camera dei deputati, la sessione del 1862 fu tuttavia chiusa e si continuò a gestire l’amministrazione finanziaria fino alla fine del 1862 senza un bilancio dello Stato.

Nella sessione aperta *ex novo* dell’anno 1863 il Governo si limitò alla consegna della dichiarazione “secondo cui, in assenza di un bilancio dello Stato fissato per legge, esso non ha potuto tralasciare di sostenere tutte quelle spese che sono state necessarie per portare avanti in maniera ordinata l’amministrazione, così come per mantenere e sostenere le istituzioni in essere ed il benessere del paese”⁴⁷.

La Camera dei deputati decise piuttosto nel senso dell’emanazione di un indirizzo al Re⁴⁸, in cui fu espresso il fatto “che il ducato ha violato il più elevato diritto della rappresentanza garantito nell’art. 99 della carta costituzionale – il diritto di autorizzare le spese – nel momento in cui, di contro alla costituzione, ha portato avanti l’amministrazione senza un bilancio approvato per legge e, di contro alla determinata dichiarazione della Camera dei deputati, ha disposto proprio quelle spese che sono state definitivamente ed espressamente respinte con decisione della Camera”.

Nel corso della discussione al riguardo, il Presidente del consiglio v. Bismarck-Schönhausen rappresentò la posizione del Governo nel seguente modo⁴⁹: “la Camera dei deputati non potrebbe fissare in via definitiva il bilancio, né nei totali né nel dettaglio, solo con una propria decisione, né determinare, con una propria decisione sul bilancio dello Stato, la consistenza e l’organizzazione dell’esercito. Con l’atto di indirizzo presentato (e successivamente approvato) verrebbero strappati alla Casa reale i suoi diritti costituzionali di governo per trasferirli alla maggioranza della Camera dei deputati. Questa richiesta la Camera la rivestirebbe di una forma

⁴⁷ Cfr. il discorso di apertura del Presidente del consiglio v. Bismarck-Schönhausen del 14 gennaio 1863 nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1863, vol. I, 2.

⁴⁸ Cfr. il resoconto della Commissione per gli indirizzi del 23 gennaio 1863, accanto al progetto di indirizzo nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1863, vol. III, all. n. 2, 2 ss., e la discussione al riguardo nella sede plenaria del 27, 28 e 29 gennaio 1863, *op. cit.*, vol. I, 21-138.

⁴⁹ Cfr. al riguardo la dichiarazione del Presidente del consiglio v. Bismarck-Schönhausen nella seduta della Camera dei deputati del 27 gennaio 1863 (res. stenografico 1863, vol. I, 53-55).

tale per cui essa dichiara violata la costituzione nella misura in cui la Corona e la Camera dei Signori non si pieghino alla sua volontà. Alla Camera è noto che il dicastero agisce agli ordini del Re ed esso ha dato attuazione alla lettera, in questo senso, a quegli atti di governo in cui la Camera vede una violazione della costituzione. Si ignora la circostanza secondo cui la Camera si trova in lotta per il comando del paese con la Corona e non in lotta con il dicastero. L'accordo tra Corona ed entrambe le Camere riguarda l'approvazione di una qualsiasi legge, quindi anche della legge di bilancio. In analogia con altri paesi le cui costituzioni e le cui leggi non hanno validità in Prussia, si è sostenuto che in tal caso gli altri due fattori della legislazione si sono piegati alla Camera dei deputati ed in tal modo si produrrebbe il solitario dominio sovrano della Camera dei deputati; ma un tale solitario dominio sovrano non costituirebbe diritto conforme a costituzione in Prussia. Nessuno dei tre fattori della legislazione potrebbe costringere gli altri a cedere; la costituzione rinvia pertanto alla strada del compromesso. Se ciò viene vanificato per il fatto che uno dei poteri che prendono parte intende attuare il proprio punto di vista con un assolutismo dottrinario, viene interrotta la serie dei compromessi; al suo posto subentrano i conflitti ed i conflitti diventano questioni di potere⁵⁰; chi detiene il potere va avanti per la propria strada, perché la vita dello Stato non può arrestarsi neanche un momento. In questo c'è senza dubbio una lacuna nella costituzione. La possibilità di un tal caso è stata già oggetto di riflessione a proposito della revisione della costituzione ed è diventata ora per la prima volta realtà. Se in tal caso prosegue il bilancio dell'anno precedente ovvero, in Prussia, debbano di nuovo subentrare i pieni poteri del regime (*Regiment*) assoluto, può rimanere in sospenso⁵¹; per il dicastero rilevante è solo la necessità che lo Stato debba esistere e che questo non lo si può lasciar dipendere da ciò che accade se si chiude la cassa". – La risposta del Re all'indirizzo deciso dalla Camera dei deputati nella seduta del 29 gennaio 1863 ebbe luogo il 3 febbraio 1863 ed espresse, nel respin-

⁵⁰ Cfr. la replica del deputato barone v. Schwerin al riguardo nel resoconto stenografico della Camera dei deputati *op. cit.*, 60.

⁵¹ Il Presidente del consiglio v. Bismarck rinviò al riguardo espressamente a propri precedenti punti di vista in materia, manifestati in occasione della revisione della costituzione (*supra* 626, nota 1 [nota 44] già pubblicata).

gere le richieste della Camera, l'assenso reale alle prescrizioni del dicastero⁵².

Quasi contemporaneamente venne in discussione la questione, nella Commissione bilancio della Camera dei deputati, a proposito della discussione preliminare circa la trattazione del superato bilancio dello Stato per il 1862. Da parte del ministero delle finanze fu al riguardo⁵³ rilasciata la dichiarazione "in base alla quale il Governo non ha potuto tralasciare di effettuare quelle spese [che sono] state necessarie per proseguire ordinatamente nell'amministrazione, così come per mantenere e promuovere le esistenti istituzioni dello Stato ed il benessere del *Land*". La Commissione bilancio espresse però all'unanimità, nella sua relazione dell'11 febbraio 1863⁵⁴, il punto di vista "secondo cui, sulla base della chiara lettera degli artt. 99 e 104 della carta costituzionale e sulla base del diritto costituzionale del *Land* ripetutamente ed espressamente riconosciuto da tutti i fattori della legislazione a partire da dodici anni fino al settembre 1862, solo la legge, da concordare annualmente in via preventiva sul bilancio dello Stato, crea per il Governo il diritto ad effettuare le spese dello Stato; che questa legge di bilancio contiene al contempo per il *Landtag* la norma giuridica per il discarico del Governo e che solo eccezionalmente al Governo può essere conferito, con leggi particolari, il diritto a singole spese".

In conformità a ciò, la Commissione bilancio richiese una risoluzione nel fatto: "a) che è riservato alla discussione del progetto di legge (presentato dal Governo) sulle entrate e sulle spese dell'anno 1862 il fatto di fissare le somme di quelle spese dell'anno 1862 per le quali, in quanto incostituzionali, i ministri con la loro persona e con il loro patrimonio rimangono responsabili, b) che, però, la violazione della costituzione da parte dei ministri rende impossibile la discussione del bilancio per l'anno 1863 dal punto di vista giuridico

⁵² Cfr. la risposta del Re nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1863, vol. I, 159. Essa è stata emanata senza la controfirma di un ministro responsabile (cfr. art. 44 della carta costituzionale), dopo che prima era stata rifiutato il ricevimento della deputazione eletta per la consegna dell'indirizzo (cfr. al riguardo la comunicazione del Presidente della Camera dei deputati nella seduta del 31 gennaio 1863, nel resoconto stenografico *op. cit.*, 146-147).

⁵³ Cfr. il resoconto stenografico della Commissione bilancio della Camera dei deputati dell'11 febbraio 1863 nel resoconto stenografico della stessa 1863, vol. III, all. n. 20, 59-62.

⁵⁴ Cfr nota precedente.

nonché in via di fatto e la Camera, piuttosto, nel rilevare la propria posizione conforme a costituzione, deve piegarsi al prolungamento di situazioni incostituzionali, per quanto dipenda da essa, e pertanto deve impegnarsi nella discussione del progetto di bilancio per l'anno 1863".

La Camera dei deputati elevò a decisione, nella seduta del 17 febbraio 1863, la risoluzione proposta⁵⁵. In forza della chiusura⁵⁶ e successivamente dell'avvenuto scioglimento della Camera dei deputati⁵⁷, la discussione sul bilancio, anche nel 1863, non pervenne a nessuna conclusione. Nella sessione del 1863 fino al 1864 il Governo presentò il "progetto di una legge, riguardante l'integrazione dell'art. 99 della carta costituzionale"⁵⁸. Esso portava alla proposta di aggiungere all'art. 99 la seguente integrazione:

Se non può essere raggiunto l'accordo necessario in ordine alla fissazione per legge del bilancio dello Stato tra il Re ed entrambe le Camere del *Landtag*, rimane in vigore l'ultimo bilancio fissato per legge fino all'accordo su un nuovo bilancio.

Spese straordinarie, nella misura in cui esse non si basino su un obbligo dello Stato, possono tuttavia essere effettuate nel frattempo solo se esse sono determinate per gli scopi per i quali è previsto un assenso quale si è verificato con il bilancio da ultimo fissato con legge e solo per i totali degli importi autorizzati con questo bilancio.

Queste determinazioni valgono anche per il caso in cui la fissazione del bilancio dello Stato per il periodo finanziario successivo si prolunghi al di là dell'inizio di quest'ultimo.

Le motivazioni addotte per questo progetto di legge partono dal fatto che una fissazione per legge del bilancio dello Stato, come per ogni legge, può essere approvata solo se il Re e le due Camere del *Landtag* sono unanimemente concordi sul suo contenuto ed os-

⁵⁵ Cfr. il resoconto stenografico della Camera dei deputati 1863, vol. I, 243 ss. L'accoglimento della risoluzione fu deciso con 264 voti contro 45 voti; tutti gli emendamenti presentati al riguardo furono per contro respinti.

⁵⁶ La chiusura del *Landtag* ebbe luogo in conformità al messaggio del Re del 26 maggio 1863 (cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati 1863, vol. II, 1323), il 27 maggio 1863 (cfr. *ibidem*, 1325-26).

⁵⁷ Con il messaggio del 2 settembre 1863 (gazzetta speciale 1863, 533) la Camera dei deputati fu sciolta.

⁵⁸ Cfr. questo progetto di legge, accanto alle motivazioni, nel resoconto stenografico 1863-64, all.-vol. III, n. 55, 290 ss. Questo progetto fu presentato nella seduta del 18 dicembre 1863 (*op. cit.*, vol. I, 477).

servano, quindi, “che questo accordo può essere solo il risultato di un libero assenso di tutte le parti. Il bilancio, però, può risultare modificato dalle discussioni della Camera dei deputati in modo tale che il Governo non riesca ad autorizzarlo; anche alla Camera dei Signori spetta il diritto di rifiuto. Una coercizione a cedere non esiste per nessuno dei tre fattori [della legislazione-*n.d.C.*].

La carta costituzionale non contiene però una determinazione sulle conseguenze che dovrebbero determinarsi e l'accordo non può essere raggiunto; la possibilità di una situazione senza bilancio deriva direttamente da questo; ciò non permette di trovare la relativa regolamentazione. Costituisce, pertanto, una necessità il fatto di predisporre una regola a livello legislativo per il lasso di tempo per il quale manca un bilancio fissato secondo l'art. 99 della carta costituzionale e quindi il fatto di integrare l'incompleta, a questo riguardo, determinazione della costituzione. La via per la scomposizione del bilancio delle spese in un bilancio ordinario ed in uno straordinario è inopportuna; per contro, si raccomanda l'espedito di un prolungamento del bilancio da ultimo approvato ed in effetti anche di un bilancio straordinario nella misura in cui risultino già fissati la determinazione dei fini, nonché l'importo degli utilizzi straordinari con la collaborazione deliberativa del *Landtag*” – la Commissione incaricata della discussione del progetto di legge richieste nel frattempo all'unanimità il suo respingimento⁵⁹, che fu deciso anche dalla Camera dei deputati nel momento in cui al contempo fu da questa accolta una risoluzione proposta dalla Commissione, nella quale la Camera dichiarava che “il progetto di legge presentato non contiene un'integrazione, bensì un annullamento diretto e completo dell'art. 99 della carta costituzionale, e che esso non trae spunto da un'esigenza in essere né si può conciliare con il diritto, per costituzione, della Camera dei deputati riguardo alla fissazione del bilancio dello Stato”⁶⁰.

Già dal 1862 l'amministrazione delle finanze dello Stato era stata gestita senza l'approvazione della legge sul bilancio dello Stato

⁵⁹ Cfr. il resoconto della Commissione del 9 gennaio 1864 nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1863-64, vol. IV, all. n. 75, 478 ss. ed atti della stessa 1863-64, n. 80.

⁶⁰ Cfr. il resoconto stenografico della Camera dei deputati sulla seduta del 19 gennaio 1864 nei resoconti stenografici 1863-64, vol. II, 766-781.

prevista nell'art. 99 della carta costituzionale⁶¹; nel 1865 il Re aveva ordinato, con un decreto controfirmato dall'intero dicastero, del 5 luglio 1865⁶², su richiesta del dicastero, "che, in assenza di una legge sul bilancio dello Stato dell'anno 1865, la certificazione consegnata dal dicastero delle entrate dello Stato da attendersi per l'anno 1865 e delle spese da effettuare doveva valere come regola per l'amministrazione ed essere portata a pubblica conoscenza per mezzo della gazzetta ufficiale", il che è accaduto successivamente⁶³.

Il Governo del Re acquisì, nel frattempo, egualmente la convinzione e riconobbe espressamente "che le disposizioni da esso assunte sin dall'anno 1862 sui mezzi dello Stato necessitavano di fondamenti legislativi che andavano trovati, secondo l'art. 99 della carta costituzionale, solo con la legge, da fissare annualmente, sul bilancio dello Stato"⁶⁴, e pertanto presentò, nella seduta della Camera dei deputati del 14 agosto 1866⁶⁵, a quest'ultima il progetto di

⁶¹ Il 12 febbraio 1864, come il 16 dicembre 1850 (cfr. *supra* 623 [547]) il Governo aveva formulato una decisione con cui venivano fissati i principi in base ai quali doveva aver luogo l'amministrazione delle finanze dello Stato nel 1864 senza il bilancio dello Stato fissato per legge (cfr. questa decisione nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1865, annesso vol. V, n. 54, 524-525 ed atti 1865, n. 80). La Commissione bilancio della Camera dei deputati, che era stata resa partecipe di questa decisione, osservò al riguardo, nella sua relazione del 7 marzo 1865 (*op. cit.*), che non c'è alcun motivo ovvero nessun obbligo di criticare i principi di un'amministrazione senza bilancio; solo che il Governo dovrebbe portare per essa la completa responsabilità, nel momento in cui ha istituito e portato avanti l'amministrazione finanziaria solo secondo i principi dello Stato assoluto. – cfr. al riguardo il discorso del relatore (dep. v. Forckenbeck nella seduta della Camera dei deputati del 14 marzo 1865 (resoconto stenografico della Camera dei deputati 1865, 473 ss.)).

⁶² Cfr. questo decreto reale ed il parere ad esso sottostante del dicastero nel 4 dello stesso mese nella gazzetta ufficiale del re di Prussia 1865, n. 167, 2289.

⁶³ Cfr. *ibidem*.

⁶⁴ Questo riconoscimento è stato espresso a chiare lettere all'inizio delle motivazioni della legge successivamente concordata con le due Camere del *Landtag* del 14 settembre del 1866, concernente la concessione della sanatoria (gazzetta speciale 1866, n. 563). Cfr. il progetto di questa legge, accanto alle motivazioni, nei resoconti stenografici della Camera dei deputati 1866-67, all. vol. I, n. 16, 33 e nei relativi atti 1866-67, n. 16. Parimenti anche il discorso della Corona del 5 agosto 1866 (cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, vol. I, 2) aveva dichiarato letteralmente: "in ordine alla fissazione del bilancio dello Stato negli ultimi anni non si è pervenuto ad un accordo con la rappresentanza. Le spese dello Stato che sono state effettuate in quest'epoca necessitano pertanto del fondamento legislativo che il bilancio, come io riconosco ripetutamente, ottiene solo con la legge da concordare annualmente secondo l'art. 99 della carta costituzionale tra il mio Governo e le due Camere del *Landtag*".

⁶⁵ Cfr. il resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, vol. I, 53.

una legge riguardante la concessione della sanatoria in riferimento alla gestione del bilancio dello Stato a partire dal 1862, nonché l'autorizzazione alle spese dello Stato per l'anno 1866⁶⁶ 67. Questo progetto di legge conteneva, all'art. 1, la determinazione "in base alla quale, in riferimento all'amministrazione gestita dall'inizio dell'anno 1862 senza un bilancio dello Stato fissato per legge, con la riserva della decisione del *Landtag* sul discarico del Governo dopo la presentazione della rendicontazione, è concessa al Governo la sanatoria" e aggiungeva, all'art. 2, "che il Governo era autorizzato per l'anno 1862 alle spese dell'amministrazione corrente (fino all'importo di 154 milioni di talleri)".

La Commissione bilancio della Camera dei deputati, incaricata della discussione preliminare, si dichiarò in linea di principio d'accordo con la concessione richiesta dal Governo della sanatoria per la gestione portata avanti dall'inizio dell'anno 1862 senza un bilancio dello Stato fissato per legge, per il fatto che solo in tal modo, ossia con una legge tale da esprimere la concessione della sanatoria, fosse sanabile la violazione della costituzione ricadente sul Governo, e che la fine del conflitto cui pervenire in questo caso nonché la riconciliazione con la Corona fossero offerte dai rapporti modificati e dall'interesse del *Land*.

Nel frattempo fu considerato necessario, da un lato, spiegare, con un'aggiunta al progetto di legge, le conseguenze della concessione della sanatoria con il fatto che, riguardo alla responsabilità del

⁶⁶ Cfr. questo progetto di legge (accanto alle motivazioni) nei resoconti stenografici della Camera dei deputati 1866-67, all. vol. I, n. 16, 33, e negli atti della stessa 1866-67, vol. I, n. 16.

⁶⁷ Nella sessione del 1866 quale era proseguita (*vorangeganenen*), di fronte a questo passo amichevole del Governo il deputato Reichensperger aveva ancora fatto il tentativo di pervenire ad un superamento del conflitto ponendo (il 22 gennaio 1866) la richiesta "di rivolgere un indirizzo alla Corona in cui esporre il diritto costituzionale all'autorizzazione delle spese da parte della rappresentanza, ed al Re viene richiesto di dissipare, con una propria parola, il timore emerso nel *Land* che venga in fondo disconosciuto quel diritto costituzionale anche di intimare al Governo di venire incontro alla rappresentanza con richieste che siano idonee a ridurre al minimo indispensabile il maggior carico relativo all'istituzione del nuovo esercito" (cfr. questa richiesta di fianco al memoriale ad essa allegato riguardante il diritto costituzionale del bilancio della Camera dei deputati nei resoconti stenografici della Camera dei deputati 1866, all. n. 20, 33). Questa richiesta (risolta nel *plenum* con la decisione finale) fu però respinta dalla Camera dei deputati nella seduta del 22 febbraio 1866 (resoconto stenografico 1866, vol. I, 269-290).

Governo, doveva essere sostenuto che era come se l'amministrazione fosse stata gestita sulla base di un bilancio dello Stato con legge e, dall'altro lato, fornire l'indispensabile fondamento finanziario alla futura rendicontazione ed al futuro discarico per il fatto che i prospetti, comunicati dal Governo, delle entrate dello Stato e delle spese per l'anno 1862 fino al 1865 venivano dichiarati come relativo fondamento al posto delle leggi di bilancio. Inoltre, la Commissione dichiarò desiderabile il fatto di dare una determinata espressione al principio, senza dubbio presupposto nell'art. 99 della carta costituzionale, secondo cui la legge sul bilancio dello Stato deve essere di regola fissata prima dell'inizio dell'anno di bilancio, nonché alla garanzia, in tal caso (*desfallsigen*), che il Governo deve ripetutamente concedere in ordine alla legge da emanare.

Il Governo si dichiarò, già nella discussione in Commissione, d'accordo con le proposte di quest'ultima e dall'accordo tra il Governo e la Commissione bilancio della Camera dei deputati scaturì di conseguenza quel progetto di legge che ottenne la sanzione della Corona dopo l'accettazione da parte della Camera dei deputati ed il consenso quale ebbe luogo della Camera dei Signori⁶⁸.

Questa legge del 14 settembre 1866⁶⁹ esprime anzitutto, all'art. 1, "che i prospetti, ivi aggiunti come allegati, delle entrate dello Stato e delle spese per gli anni 1862 fino al 1865 debbono valere come basi per la rendicontazione e per il discarico del Governo al posto della legge di bilancio da concordare annualmente prima dell'inizio dell'anno di bilancio" e determina poi, all'art. 2, "che al Governo, in riferimento all'amministrazione gestita dall'inizio dell'anno 1862 senza il bilancio dello Stato fissato per legge, con la riserva della decisione finale del *Landtag* sul discarico del Governo, dopo la presentazione del rendiconto deve essere concessa la sanatoria, come se l'amministrazione nel periodo in questione fosse stata

⁶⁸ Cfr. la relazione della Commissione della Camera dei deputati del 27 agosto 1866 (resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, all.-vol. I, n. 39, 138 ss. ed atti n. 39), seduta plenaria della Camera dei deputati del 1 e del 3 settembre 1866 (resoconti stenografici della Camera dei deputati 1866-67, vol. I, del 3 settembre 1866 (resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, vol. I, 149 ss. e 177 ss.); la relazione della Camera dei Signori del 6 settembre 1866 (resoconti stenografici della Camera dei Signori 1866-67, all.-vol., n. 15, 127 ss.) e atti della stessa 1866-67, n. 40), nonché seduta plenaria della Camera dei Signori dell'8 settembre 1866 (resoconti stenografici della Camera dei Signori 1866-67, 79 ss.).

⁶⁹ Cfr. gazzetta speciale 1866, n. 563.

gestita in base al bilancio dello Stato fissato con legge e pubblicato a tempo debito”.

L'art. 3 della legge autorizza il Governo, per l'anno 1866 – per il quale però non è stato concordato un bilancio dello Stato – per spese per l'amministrazione corrente fino all'importo di 154 milioni di talleri; infine, l'art. 4 fissa ancora che il Governo deve essere obbligato a presentare al *Landtag* una giustificazione in merito alle entrate ed alle spese dell'anno 1866: con l'emanazione di questa legge il conflitto tra la Camera dei deputati ed il Governo, in riferimento all'amministrazione quale ha avuto luogo, negli anni dal 1862 fino al 1866 incluso, senza un bilancio fissato per legge, ha trovato la propria composizione. Da allora la legge di bilancio dello Stato presupposta nell'art. 99 della carta costituzionale è pervenuta *ex novo* ad un accordo ed è stata pubblicata, ma per gli anni 1868 e 1869, però, non prima dell'inizio dell'anno di bilancio interessato. Le leggi sul bilancio dello Stato del 24 febbraio 1868⁷⁰ e del 1° febbraio 1869⁷¹, concernenti la fissazione del bilancio per il 1868 e rispettivamente per il 1869, contengono tuttavia (nel § 4) la determinazione “secondo cui, fino alla fissazione per legge del bilancio dello Stato all'interno dei relativi limiti, vengono autorizzate successivamente le spese effettuate”⁷².

2. La rappresentazione fornita in precedenza (punto 1)) circa l'emersione del conflitto sul diritto del bilancio e della sua composizione finale offre un quadro un pò meno gradevole della polemica sotto il profilo della comprensione delle determinazioni della carta costituzionale quali vengono in considerazione. Il discorso della Corona del 9 febbraio 1867⁷³ riconosce, ringraziando, “che la rappresentanza ha porto la mano in ordine all'appianamento del conflitto di principio concedendo la sanatoria per l'amministrazione finanziaria, portata avanti senza legge di bilancio, degli ultimi anni (1862 fino al 1865), conflitto che aveva paralizzato da anni la collaborazione tra Governo e rappresentanza”, ed esprime al contempo

⁷⁰ Cfr. gazzetta speciale 1868, 93.

⁷¹ Cfr. gazzetta speciale 1869, 217.

⁷² Sull'autorizzazione di un credito provvisorio nel 1875 e nel 1876, laddove il bilancio dello Stato parimenti non era stato approvato prima dell'inizio dell'anno interessato, cfr. le leggi del 4 giugno 1874 (gazzetta speciale 1874, 240) e del 30 giugno 1875 (gazzetta speciale 1875, 371). Cfr. *supra* § 116, 614, nota 1 b. [in *Percorsi*, cit., 289].

⁷³ Cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, vol. III, 2007.

il timore “che le esperienze acquisite ed una giusta comprensione da tutte le parti delle condizioni di fondo della vita costituzionale aiuteranno a proteggere in futuro davanti al rinnovarsi di situazioni simili”.

Viene quindi solo espressa la speranza che la contesa di principio, provvisoriamente composta, non si riproponga di nuovo e che il compimento di questa speranza venga fatto dipendere però dalla premessa circa la giusta comprensione da tutte le parti in ordine alle condizioni di fondo della vita costituzionale. Tanto più importante rimane quindi la questione circa quali siano i diritti costituzionali della rappresentanza in riferimento al diritto del bilancio divenuto oggetto di conflitti.

Con la determinazione dell'art. 99 della carta costituzionale, secondo cui annualmente deve essere fissato un bilancio dello Stato con una “legge”, viene anzitutto ed incondizionatamente escluso, ovviamente, che al posto della “legge” possa subentrare un “decreto reale”⁷⁴. Non di meno però risulta anche chiarito, con la determinazione secondo cui il bilancio deve essere fissato solo in cor-

⁷⁴ Cfr. *supra* § 116, *sub* A di 1), 594 [in *Percorsi*, cit., 255, 1)]. Se dunque il decreto reale del 5 luglio 1865 (reale gazzetta ufficiale della Prussia 1865, n. 157, 2289, cfr. *supra* 630 [558]), quale fu controfirmato da tutto il dicastero dell'epoca, ordinava “che, in assenza di una legge sul bilancio dello Stato dell'anno 1865, la dimostrazione consegnata dal dicastero delle entrate dello Stato da attendersi per l'anno 1865 e delle spese da effettuare doveva valere come regola per l'amministrazione”, il dicastero di allora (che aveva giurato sulla costituzione) si rendeva senza dubbio colpevole di una rottura dell'art. 99 della carta costituzionale. Ciò fu riconosciuto anche successivamente nelle motivazioni della legge del 14 settembre 1866, concernente la concessione della sanatoria ed altro, motivazioni che esprimono a chiare lettere “che le disposizioni adottate dal Governo a partire dall'anno 1862 sui mezzi dello Stato necessitano del fondamento legislativo, che va trovato, secondo l'art. 99 della carta costituzionale, solo nella legge da fissare annualmente sul bilancio dello Stato” (cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, all.-vol. I, atti n. 10, 33). Anche il discorso della Casa reale del 5 agosto 1866 (*op. cit.*, vol. I, 2) ha ripetuto espressamente questo riconoscimento. Per contro Laband (*Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preuss. Verf.-Urk. etc.*, 82-83 [trad. it. cit.] raccomandava di ritornare ai principi, contrassegnati poi dal Governo stesso e dalla Corona come incostituzionali, di cui alla decisione del dicastero del 16 dicembre 1850 sull'amministrazione finanziaria senza legge di bilancio (cfr. *supra* 623 [547]). Egli denomina i principi messi in tale determinazione del dicastero come il prodotto di una “sicura visione affinata e nobilitata dalle esigenze della politica”, nel momento in cui aggiunge che quei principi – sebbene anche la Corona li abbia espressamente perorati – “corrispondono non solo ad esigenze pratiche inevitabili, ma essenzialmente anche ai principi teorici che derivano dalla vera natura del diritto del bilancio”.

rispondenza di un anno, che la legge di bilancio può essere sempre fatta valere solo per l'anno di riferimento e che, con il decorso di quel lasso temporale per il quale essa è espressamente emanata e solo, costituzionalmente, può essere emanata, di per sé essa perde ogni ulteriore effetto per gli anni susseguenti, sicché è del tutto inammissibile, quindi, derivare da un bilancio fissato per un determinato anno una qualche autorizzazione a considerare prorogate le relative determinazioni ed a portarlo ad attuazione, del tutto o in parte, sia fino all'approvazione della nuova legge di bilancio sia anche solo fino ad un lasso di tempo più breve. La legge di bilancio su cui annualmente accordarsi preventivamente per l'anno successivo scade nei suoi effetti giuridici del tutto da sé con il decorso dell'anno per il quale essa è stata emanata, nel momento in cui essa da sé si è posta il termine finale con il cui determinarsi essa perde la propria forza. Essa ogni volta è solo una legge provvisoria, che rimane in forza per la durata dell'anno di bilancio interessato e costituzionalmente deve essere sostituita per l'anno successivo con una nuova legge di bilancio⁷⁵.

Sebbene ora l'art. 99 della carta costituzionale non disponga che il bilancio dello Stato da approntare ogni anno sia una legge, tuttavia la determinazione della seconda frase di questo articolo, secondo cui "il bilancio deve essere fissato con una legge", ha comunque il significato per cui il preventivo fissato con la legge sul bilancio dello Stato diviene parte integrante della legge fissata e pertanto *in toto* così come nelle singole sue poste, e, nella misura in cui essa non è stata modificata con leggi integrative ovvero esplicative, ha, come ogni legge, forza vincolante per il Governo.

Tuttavia, il preventivo non è una legge nel senso che esso deve essere visto senza condizioni come un ordine a riscuotere le entrate riportate in bilancio nell'importo dato nella stessa quantificazione ed altrettanto come un ordine ad effettuare le spese riportate in bilancio nello stesso importo dato e quindi, al contempo, non costituisce un divieto di riscuotere entrate e di effettuare spese che non siano state riportate in bilancio.

Solo che allo stesso modo la fissazione del bilancio avvenuta per legge non rappresenta solo un atto amministrativo quale trova

⁷⁵ Cfr. anche H. Schulze, *Preuss. St. R.*, vol. II, § 201, 444 ss. e G. Meyer, *Lehr. d. D. St. R.*, § 207, 541.

attuazione nelle forme della legge⁷⁶. Il significato della determinazione di cui all'art. 99 è piuttosto quello secondo cui il preventivo da fissare ogni anno con una legge contiene per il Governo l'autorizzazione formale, secondo le relative regole, a riscuotere le entrate e ad effettuare le spese, e solo la legge di bilancio approvata costituisce per il Governo i pieni poteri dal punto vista del diritto pubblico e fornisce il fondamento per l'autorizzazione, secondo costituzione, ad effettuare le spese messe in preventivo ed oggetto dell'accordo e lo libera di conseguenza da ogni responsabilità in riferimento alle spese di bilancio realmente effettuate. È ammesso, tuttavia, che una gran parte delle entrate e delle spese dello Stato incardinate nel bilancio dello Stato non si basi esclusivamente sulla relativa determinazione secondo bilancio, ma trovi fondamento materiale già in altre leggi ovvero negli istituti e nelle organizzazioni in essere per legge⁷⁷, ed è inoltre ammesso che per i fattori [della legislazione – *n.d.C.*] che fissano il bilancio con legge sussiste l'obbligo di esercitare il loro diritto del bilancio solo rispettando i limiti che ne discendono⁷⁸.

⁷⁶ Il punto di vista costruito da Laband (*Budgetrecht*, 13 ss. [trad. it. cit.] e dopo di lui da altri professori di diritto pubblico, cioè anche da Gneist, *Gesetz und Budget* [Berlino 1869] 166 ss. [trad. it. cit.]) per cui il bilancio è solo un conto e che esso non ha niente a che vedere con la legislazione, ma la sua elaborazione attiene solo all'amministrazione, e solo la sua fissazione avviene nelle forme della legislazione, domina tutta la dottrina del diritto del bilancio ritenuta corretta da questi professori di diritto pubblico. Nel frattempo, io posso solo allinearli, a questo riguardo, al modo di vedere di Zachariä (*Göttingische gelehrte Anzeigen*, anno 1871, n. 10, 372 ss.), che sottolinea: "non possiamo aderire a questo riguardo alle argomentazioni di Laband nella loro attuazione riguardo alla fissazione secondo costituzione del bilancio. Questo è ad ogni modo un atto di diritto pubblico pieno di significato e, anche se le singole poste hanno natura ipotetica nella misura in cui non si può parlare di una realizzazione incondizionata, esso non costituisce però un semplice preventivo nel senso abituale, e quando Laband osserva che la lettera della costituzione non dice che tutte le spese debbono essere autorizzate per ogni anno, ma prescrive solo che esse debbono essere messe in preventivo per ogni anno, dobbiamo sottolineare il fatto che la costituzione non parla della messa in preventivo per ogni anno delle entrate e delle spese dello Stato, ma che esse debbono essere riportate anche nel bilancio dello Stato e le seconde debbono essere fissate con una legge, cioè con un accordo tra i fattori legislativi, il che ad ogni modo è importante anche per quanto concerne gli effetti di diritto pubblico della mancata approvazione della legge di bilancio".

⁷⁷ A questo riguardo non può essere tralasciato il fatto che non è affatto fissato in tutti i casi se e quanto un istituto ovvero un'organizzazione statale siano coperti con una legge in essere e che le poste di bilancio fissate per un anno non possano essere considerate diritto in essere anche per l'anno successivo ovvero per gli anni seguenti.

⁷⁸ Cfr. *supra* § 116, sub A, 4, 602 ss. [in *Percorsi*, cit., 269 ss.].

Solo che, anche se per lo Stato, dal punto di vista materiale, esiste un diritto, in parte indipendente dalla fissazione per legge del bilancio, alle entrate in questione e parzialmente l'obbligo di effettuare le spese in discussione, non ne deriva affatto un'equiparazione tra il Governo che amministra gli affari dello Stato ed i ministri responsabili, sulla base dell'art. 44 della carta costituzionale. Il Governo, con la legge di bilancio approvata, ottiene, piuttosto, come già osservato, solo il pieno potere di diritto pubblico e l'autorizzazione, secondo costituzione, a riscuotere le entrate in esso presentate ed ai fini dell'effettuazione delle spese in esso concordate⁷⁹. L'art. 99 della carta costituzionale – in corrispondenza dei principi del diritto pubblico di cui alla costituzione – ha trasferito la regolamentazione delle spese e delle entrate dello Stato al potere legislativo. Qui vanno distinte tre attività particolari del potere finanziario, cioè, anzitutto, la verifica delle esigenze dello Stato nonché la fissazione delle spese da considerare necessarie; in secondo luogo, la concessione dell'utilizzo dei mezzi dello Stato per il soddisfacimento delle esigenze riconosciute e, in terzo luogo, il mantenimento delle precedenti fonti di entrata e, in caso di necessità, la concessione di nuove fonti di entrata. Sebbene queste tre attività abbiano effetti regolativi l'una sull'altra, esse però sono separate ed il loro legame consiste solo nel fatto che, in un bilancio ben ordinato, debbono essere considerate il più possibile tutte le necessità riconosciute e le spese debbono essere misurate esattamente sulle entrate. Questo però è il compito della legge sul bilancio dello Stato, in conformità all'art. 99 della carta costituzionale, su cui ci deve essere l'accordo per ogni anno finanziario prima dell'inizio di quest'ultimo.

⁷⁹ Il Governo, cioè il dicastero, anche all'epoca dell'esistenza della monarchia assoluta, era obbligato a procurarsi, per la posta generale relativa ai mezzi finanziari dello Stato secondo la misura di cui al bilancio approvato dal Re, i pieni poteri dal Re (cfr. la relazione del 3 novembre 1817 [gazzetta speciale 1817, 292] e l'ordine di gabinetto del 17 gennaio 1820 [gazzetta speciale 1820, 20 e 24] *supra* § 116, *sub* A, 592 [in *Percorsi*, cit., 252]). Al posto dei pieni poteri dal Re è subentrata ora, in conseguenza dell'art. 99 della carta costituzionale, la legge da emanare con l'assenso delle due Camere del *Landtag* nella forma del bilancio dello Stato, che costituisce per il Governo (il dicastero) una "legge di autorizzazione" ai fini dell'amministrazione. La necessità di questi pieni poteri ovvero dell'autorizzazione si basa inoltre su una concorde prassi pluriennale e sulla conformità con il procedimento di altri paesi, in cui le Camere partecipano in ordine alla fissazione del bilancio.

Per ogni anno finanziario debbono essere messe in preventivo tutte le entrate e tutte le spese e questa messa a preventivo deve essere fissata con le forme di una legge, e, solo se questo è avvenuto, le spese riportate in preventivo possono essere esitate in base alle entrate parimenti elencate.

Il Governo però, cui spetta e che ha l'obbligo dell'amministrazione delle entrate e delle spese elencate nel bilancio dello Stato, non può agire affatto in base alla propria valutazione unilaterale, ma, con la legge sul bilancio dello Stato, ottiene le proprie istruzioni e l'autorizzazione sul piano del diritto pubblico ad utilizzare le fonti di entrata affidate con la legge in questione e ad effettuare a valere su di esse le spese preventivate parimenti riconosciute con questa legge⁸⁰. Per ciò che riguarda le imposte e le tasse esistenti, viene in attuazione però, in relazione ad esse, la determinazione propria della costituzione prussiana di cui all'art 109 della carta costituzionale, secondo cui occorre continuare a riscuoterle fino a che non dovesse intervenire una loro modifica per legge⁸¹, e c'è anche l'art. 100 della carta costituzionale, secondo cui il Governo ha per costituzione il diritto di chiedere che tutte quelle imposte e tasse che si basano "su leggi particolari" vengano sussunte tra le entrate nel bilancio dello Stato, sicché, quindi, a tal proposito, non spetta affatto alle Camere, secondo costituzione, un'autorizzazione generale a rifiutare a queste imposte e tasse l'accoglimento tra le poste di entrata del bilancio dello Stato⁸².

In riferimento alle imposte ed alle tasse in essere, il diritto del Governo a continuare a riscuoterle si fonda quindi sulle stesse leggi particolari nonché sulle leggi precedenti che le prescrivono, e per

⁸⁰ Cfr. anche Laster, *Zur Verf.=Geschichte Preussens*, 357 ss.

⁸¹ Sulla questione controversa se "per imposte e spese esistenti dell'art. 109 della carta costituzionale sono da intendere solo quelle in essere per legge all'epoca dell'emanazione della carta costituzionale, ovvero anche quelle introdotte con nuove leggi senza limitazione temporale – la quale questione qui può essere provvisoriamente lasciata aperta – cfr. *ultra* § 121 [cfr. successivo numero di questa *Rivista*].

⁸² L'art. 100 della carta costituzionale così risuona: "imposte e tasse possono essere incamerate nelle casse dello Stato solo nella misura in cui risultino sussunte in bilancio ovvero ordinate con legge particolare". – ne deriva che tutte le imposte, nella misura in cui si basano su "leggi particolari", debbono essere sussunte nel bilancio dello Stato. È chiaro per contro che, se dovesse, per esempio, aver luogo una tale sospensione delle spese e non ci dovesse essere bisogno di tutte le imposte fissate per legge, allora una parte di queste imposte verrebbe tralasciata e questo potrebbe essere fissato anche con legge dello Stato.

esse viene in applicazione, però, la determinazione propria della costituzione prussiana di cui all'art. 109 della carta costituzionale, secondo cui si può continuare a riscuoterle fino a che dovesse subentrare, con una legge, una loro modifica⁸³. Per quanto concerne invece le spese dello Stato, la carta costituzionale non contiene una disposizione che autorizzi il Governo a continuare ad effettuarle se e nella misura in cui – sulla base della prescrizione di cui all'art. 99 – esse non siano state sussunte nella legge di bilancio da concordare ogni anno ed effettivamente su base annuale. Proprio il loro accoglimento in questa legge, ed in effetti assolutamente solo ed esclusivamente questo accoglimento, dà fondamento, pertanto, al diritto del Governo ad effettuare una qualsivoglia spesa per conto dello Stato. Fino ad allora esso ha bisogno al riguardo di un titolo giuridico, in base alla costituzione⁸⁴.

La giustezza di questa concezione è stata riconosciuta dalle parti più disparate ed anche più volte, in particolare, già nel corso della revisione della carta costituzionale. Quando, a proposito della revisione degli artt. 98, 99 e 108 della carta costituzionale ottrita del 5 dicembre 1848, che costituiscono gli attuali artt. 99, 100 e 109 della carta costituzionale del 31 gennaio 1850, scoppiò la polemica se le parole nell'art. 108 (oggi art. 109): “si continuano ad incassare le imposte e le tasse esistenti fino a che esse non vengano modifi-

⁸³ Per le altre entrate dello Stato al di fuori delle imposte e tasse (per es., per le entrate dai domini dello Stato, dalle foreste, e dalla caccia, i monopoli di Stato, le imprese commerciali dello Stato etc.) non è consentito al Governo, con determinazioni della carta costituzionale, l'autorizzazione permanente alla relativa riscossione; per esse la relativa sussunzione nel bilancio dello Stato costituisce, pertanto, per il Governo, il titolo di diritto pubblico ai fini della riscossione.

⁸⁴ Anche il comma 1 dell'art. 104 della carta costituzionale mostra, in collegamento con l'art. 99, che la carta costituzionale non riconosce assolutamente spese senza l'esistenza di una legge dello Stato e che non si può pensare affatto alla possibilità di tali spese. Poiché nell'art. 104 è fissato “che per le eccedenze di bilancio è necessaria l'autorizzazione successiva delle Camere”, ne consegue che la carta costituzionale non contempla le spese che non sono autorizzate in bilancio; ma [le contempla] solo come eccedenze di bilancio, cioè come spese che si verificano di fianco ed al di fuori di un bilancio comunque presente. Solo che essa non prevede una finanza senza bilancio. Per cui ogni spesa che venga effettuata senza la presenza di un bilancio, non si pone sul chiaro terreno della costituzione. Come minimo è ammissibile applicare a quelle spese che sono state espressamente rifiutate dalla Camera dei deputati il principio del comma 1 dell'art. 104; perché questo può essere riferito senza dubbio solo a quelle spese per le quali ancora non è stato ricercato il consenso della Camera dei deputati.

cate da una legge”, siano da cancellare, gli stessi oppositori del diritto illimitato di autorizzazione delle imposte, quasi senza eccezione, si espressero nel senso “che per la rappresentanza popolare è a disposizione uno strumento altrettanto efficace e consistente nel fatto di poter respingere le spese, strumento ad essa senza dubbio spettante in base all’art. 98 (odierno art. 99)”, ed anche dai rappresentanti di questa posizione sul piano del diritto pubblico fu specificato espressamente “che, finché la legge di bilancio di cui all’art. 98 (oggi art. 99) non [è] stata oggetto di accordo, i ministri non sono autorizzati a disporre delle entrate dello Stato, ma potrebbero essere accusati, secondo l’art. 61, di violazione della costituzione se abbiano effettuato una qualche spesa prima dell’intervenuta autorizzazione”⁸⁵.

⁸⁵ a) in questo senso si è espressa, nelle discussioni avvenute nella II Camera sull’articolo qui in questione della carta costituzionale, proprio la gran parte di quei deputati che si erano presentati come incondizionati avversari dell’annuale diritto di autorizzazione delle imposte da parte delle Camere (cfr. resoconto stenografico sulla seduta della II Camera del 24, 25 e 26 settembre 1849, vol. I, 379 ss.). così per es. i dep. Stiehl (*op. cit.*, 389), v. Fock (*op. cit.*, 392-393), Breithaupt (*op. cit.*, 402), v. Klützwow (*op. cit.*, 404), conte v. Armin Boytzenburg (*op. cit.*, 409), Trendelenburg (*op. cit.* 416). C’è anche la relazione della Commissione della II Camera, secondo cui i difensori del mantenimento senza modifiche dell’art. 108 (odierno art. 109) hanno rappresentato in Commissione questa impostazione come quella giusta. Vi si dice, cioè (cfr. *op. cit.*, 380-381): “a favore del mantenimento senza modifiche dell’art. 108 fu illustrato che, senza arrivare al mezzo estremo del rifiuto delle imposte, non si sarebbe potuto più mantenere in via permanente un dicastero non gradito alle Camere. Le Camere possederebbero, secondo l’art. 98 (oggi art. 99), l’indiscutibile diritto di autorizzare le spese annuali dello Stato; con l’utilizzo di questo diritto si sarebbe potuta garantire una sufficiente capacità di influire sull’amministrazione”. – In modo simile si espressero nella I Camera gli allora deputati conte Rittberg (cfr. resoconto stenografico della I Camera del 16 e 17 ottobre 1849, 1113), Mätzke (*op.cit.* 1114), Campausen (*op. cit.*, 1117 e seduta del 19 ottobre 1849, *op. cit.*, 1149), v. Keltsch (*op. cit.*, 1128) e Kühne (*op. cit.*, 1129).

b) altrettanto il diritto incondizionato delle Camere ad autorizzare le spese fu riconosciuto quasi da tutti anche in occasione della successiva discussione della Camera dei deputati sulla decisione del dicastero del 16 dicembre 1850 (cfr. *supra* 624 ss. [548]) ed anche successivamente è stata più volte dimostrata la giustezza di questo principio in tutto lo svolgimento della polemica sul bilancio. Cfr. in particolare il discorso del deputato dr. Simson (resoconto stenografico della Camera dei deputati 1865, vol. II, 1125), che osservò alla lettera: “l’autorizzazione del Governo a pagare, ad utilizzare mezzi dello Stato, a pagare ai creditori certi e non contestabili, si basa solo sulla legge del bilancio dello Stato, che non può essere sostituita a questo riguardo con null’altro nel mondo, neanche con un’altra legge e tanto meno con singole autorizzazioni di singole poste in bilancio. Perché queste autorizzazioni sono solo provvisorie, tali da ottenere e poter ottenere il loro significato definitivo e la loro vincolatività solo con l’approvazione della legge sul bilancio dello Stato”. Anche il deputato dr. Gneist

Un riconoscimento espresso da parte delle due Camere questa concezione lo ottenne dopo non molto, per il fatto che da parte di ognuna di esse è stata formulata la conclusione di inserire nella carta costituzionale, in questa collocazione, la determinazione in base alla quale, se la fissazione del bilancio dello Stato per il successivo periodo finanziario dovesse rallentare al di là dell'inizio del successivo anno finanziario, il bilancio da ultimo attuato deve rimanere vigente fino alla fissazione del primo. Una differenza tra le due Camere c'era al riguardo non sul principio, ma solo sul se, in tal caso, il bilancio precedente dovesse essere in vigore solo per dodici mesi oppure solo per quattro mesi, e alla fine l'accoglimento di una determinazione di tale tipo è stata impedita sol per il fatto che un accordo tra le due Camere sugli artt. 98 e 99 della carta costituzionale del 5 dicembre 1848 (gli attuali artt. 99 e 100) non era stato possibile raggiungerlo solo per il fatto che esse non poterono accordarsi sul mantenimento ovvero sull'annullamento della prima frase dell'art. 108 (attuale art. 109), sicché su questa base gli attuali artt. 99, 100 e 109, considerati come un tutt'uno inscindibile, passarono senza modifiche dalla carta costituzionale ottrita del 5 dicembre 1848 alla carta costituzionale del 31 gennaio 1850⁸⁶.

Quell'inserimento autorizzato dalle due Camere si basava però proprio sul riconoscimento del principio secondo cui, se tale determinazione non fosse stata accolta, sarebbe stata necessaria l'autorizzazione al Governo ad effettuare le spese con fondamento legislativo, fino a che con la legge di bilancio non fossero state autorizzate le spese⁸⁷. Quando di lì a poco, nella sessione del 1850 fino al 1851,

(*op. cit.*, 798-799) specificò allora “che dipendevano dall'approvazione della Camera dei deputati tutte le spese discrezionali dello Stato che non si basassero né sulla legge né anche sulla legge di bilancio; queste spese discrezionali la Camera dei deputati le potrebbe autorizzare nonché rifiutare ed in effetti solo la Camera dei deputati le potrebbe impedire, perché è assolutamente necessario per queste spese il pieno potere annuale dei ministri e perché per queste spese il bilancio annuale costituisce il solo titolo in base al quale esse possono essere effettuate e senza del quale esse non possono essere effettuate”.

⁸⁶ Cfr. la mia dissertazione sulla carta costituzionale (sull'art. 99 e 100), 185 ss.

⁸⁷ Questo lo ha espressamente riconosciuto allora anche il ministro delle finanze v. Rabe, nel momento in cui, nel corso della discussione in argomento nella I Camera, egli mise in luce come fosse inammissibile “fissare con la stessa costituzione un prolungamento del bilancio per il caso in cui la determinazione del nuovo bilancio si fosse protratta al di là del decorso dell'anno, non dovendo mancare un fondamento legislativo a proseguire le spese dello Stato dopo il decorso dell'anno di bilancio e prima

dopo l'emanazione della carta costituzionale del 31 gennaio 1850 si era determinata la circostanza secondo cui non era stato ancora fissato con legge il bilancio dello Stato per l'anno finanziario già iniziato e, in conseguenza di ciò, il dicastero, al fine di superare il dubbio se e in che misura fosse costituzionalmente ammissibile disporre, prima della fissazione avvenuta per legge del bilancio dello Stato, dei fondi di spesa in esso provvisoriamente accolti, aveva formulato la decisione prima⁸⁸ menzionata del 16 dicembre 1850, la seconda Camera sollevò a ragione la più decisa obiezione contro questa decisione e contro la relativa motivazione.

Appare, cioè, chiaro che il richiamo all'art. 109 della carta costituzionale, su cui si basa quella decisione, non è assolutamente appropriato. Perché da questo articolo deriva proprio l'opposto della conseguenza che ne è stata tratta, cioè che, dal momento che esso autorizza il Governo solo alla prosecuzione della riscossione delle entrate e non attribuisce ad esso, di conseguenza, il diritto a continuare ad effettuare le spese per il fatto che la carta costituzionale non gli garantisce al riguardo un titolo giuridico diverso rispetto alla legge di bilancio da concordare in via preventiva⁸⁹. Il Governo,

della fissazione del nuovo bilancio" (cfr. resoconto stenografico della I Camera 1849-50, vol. III, 1171).

⁸⁸ Cfr. *supra* 623 [*supra* 547].

⁸⁹ a) se il richiamo all'art. 99 fosse effettivamente appropriato, tutte le restanti basi delle considerazioni addotte dal Governo, in ordine alla decisione del dicastero del 16 dicembre 1850, sarebbero totalmente superflue e le limitazioni di nuovo fissate in essa non sarebbero allora la logica conseguenza della (non corretta) decisione prima tratta in base all'art. 109. – Se si potesse inoltre trattare di una giustificazione della decisione in questione, appare chiaro che tali [limitazioni] ben dovrebbero essere piuttosto dedotte dall'assoluta necessità di continuare ad effettuare le spese correnti ed in particolare quelle che si basano su vincoli giuridici, necessità che viene imposta tuttavia dall'indispensabile ed obbligatoria prosecuzione dell'amministrazione dello Stato, ed appare chiaro che, con riferimento a questa necessità, potrebbe essere giustificata una decisione di continuare a pagare le spese correnti in base alla fiducia (*Vertraulichkeit*) nei confronti del dicastero e dopo non molto, però, di sottoporre questo criterio alle Camere per la successiva approvazione ed ai fini della concessione della sanatoria.

b) il deputato Reichensperger si esprime, nel suo memoriale consegnato alla Camera dei deputati del 22 gennaio 1866 (resoconto stenografico 1866, vol. all. n. 20, 41 ss.), in ordine alla posizione del Governo nei confronti di un bilancio respinto da una Camera nonché in ordine alla relativa autorizzazione ad effettuare spese in un tal caso, nel seguente modo: "sebbene manchi allora al Governo un qualsivoglia titolo giuridico per effettuare una qualsivoglia spesa, da questo non si può dedurre che la volontà di quella Camera che ha respinto il bilancio ovvero proprio la volontà della carta costituzionale che ha consegnato alla rappresentanza quel diritto del bilancio arrivino a ve-

anche nella successiva fase del conflitto, ha espressamente riconosciuto l'insostenibilità della decisione ministeriale del 16 dicembre 1850 ed ha dichiarato di aver abbandonato la relativa posizione⁹⁰.

Ne deriva poi che, finché non è stata approvata la legge sul bilancio dello Stato richiesta dalla costituzione, il Governo necessita delle istruzioni e dei pieni poteri per l'amministrazione del bilancio dello Stato e pertanto, costituzionalmente, esso non sarebbe a ciò autorizzato. Non vi può essere di conseguenza un Governo conforme a costituzione senza aver portato ad un accordo una legge sul bilancio dello Stato e ciò costituisce proprio la garanzia, sul piano finanziario e politico, che l'art. 99 della carta costituzionale assicura ai fini del permanente dominio da parte della costituzione.

Ma per ciò che concerne la questione circa quali siano le conseguenze di diritto pubblico se non riesce al dicastero di concordare con i corpi legislativi la legge di bilancio costituzionalmente necessaria, ne deriva senza dubbio che il dicastero, se non si dimette, porta avanti ovvero continua a portare avanti l'amministrazione senza avere la legittimazione – dichiarata necessaria, senza condizioni, dalla costituzione – da parte della rappresentanza del

dere come sospese tutte le spese per lo Stato. Perché una tale sospensione non costituirebbe solo una generale rottura di natura giuridica e contrattuale nei confronti dei vincoli che incombono sullo Stato, ma porrebbe in questione, con le funzioni vitali, anche la vita dello Stato, laddove nessuno dei poteri dello Stato ha questo potere, perché tutti questi poteri hanno solo diritti e nello Stato e dallo Stato, non al di là di esso e della sua esistenza – perché lo Stato è il soggetto di diritto assoluto, che non può essere posto in discussione. Lo scopo cui si mira con un rifiuto del bilancio è solo di costringere il Governo *pro tempore* o a dimettersi ovvero a tentare di ottenere, con modalità conformi a costituzione, la maggioranza all'interno della rappresentanza. Ora, un Governo che abbia di fronte un bilancio rifiutato o che non lo abbia portato a compimento prima del decorso dell'ultimo bilancio fissato con legge, non ha il diritto ad effettuare una qualsivoglia spesa; esso ha solo obblighi in riferimento a spese e prestazioni che esso deve sbrigare. Finché è in carica, esso ha l'obbligo di conservare l'essenza dello Stato e di preservarlo da danni. Esso ha al contempo l'obbligo, legato alla totale responsabilità personale, di non dare ordine di pagare una spesa che non sia sicura, eventualmente, del relativo riconoscimento giudiziale circa la relativa necessità; esso ha infine l'obbligo di non lasciare inutilizzato lo strumento costituzionale che è idoneo a portare ad una soluzione la situazione incostituzionale delle cose”.

⁹⁰ Cfr. la dichiarazione del rappresentante del Governo (on. consigliere superiore delle finanze Mölle) nella Commissione bilancio della Camera dei deputati (resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, all.-vol. III, n. 167, 740), parimenti la dichiarazione del rappresentante del Governo (on. consigliere superiore delle finanze Wollny) nella seduta della Camera dei deputati del 25 gennaio 1867 (resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, vol. III, 1677).

popolo. Questa però non è una situazione conforme a costituzione, ma contraria alla costituzione⁹¹ ed a questo riguardo non è poi affatto importante, sul piano giuridico, su chi ricada materialmente il peso della responsabilità per il fatto che la legge di bilancio non sia stata approvata al tempo giusto, specialmente in totale assenza di un giudice competente per decidere questa questione.

La dottrina opposta disconosce completamente quella differenza, quale innegabilmente sussiste, tra il diritto del bilancio formale e materiale. Dal punto di vista del diritto pubblico le Camere sono obbligate però ad autorizzare le spese che si basano sulla costituzione e sull'obbligo per legge ovvero in base al diritto dello Stato, così come quelle spese da riconoscere altrimenti come necessarie, ed un diritto di rifiuto puramente discrezionale non trova alcuno spazio nella costituzione in essere. Se però, per differenze di opinione materiali tra il Governo e le Camere su importanti poste di bilancio, il bilancio non viene approvato, se, per es., la Camera dei deputati contesta l'esistenza per legge di certi istituti, la necessità di una loro continuazione, l'importo degli utilizzi richiesti dal Governo e quindi soprattutto, nell'uno o nell'altro riferimento, la necessità di certi impieghi, il Governo viola l'art. 99 della carta costituzionale se, senza essere pervenuto ad un accordo su una legge sul bilancio dello Stato, continua ad amministrare le entrate e le spese dello Stato.

La situazione che subentra successivamente non è conforme a costituzione e senza dubbio è contraria al diritto di cui alla costituzione. Una tale situazione contraria alla costituzione può però di nuovo essere rimossa ovvero sanata portando successivamente all'accordo tra il Governo e le due Camere e concedendo al Governo, da parte delle Camere, la sanatoria⁹² in riferimento al suo comportamento unilaterale contrario alla costituzione.

⁹¹ Laband (nel saggio negli *Hirth's Ann.*, anno 1873, 548 ss., nota 3 [*trad.it.cit.*]) descrive una tale situazione come un'anomalia esistente nei fatti, che è solo casuale e che non contiene in sé una violazione della costituzione ovvero una contrarietà alla costituzione. Per contro Zachariä (nei *Götting. Gelehrten Anzeigen* 1871, part 10, 378 ss.) si esprime nel senso di doversi dichiarare del tutto decisamente d'accordo con la mia impostazione nel senso che il Governo solo con la legge di bilancio approvata ottiene i pieni poteri di diritto pubblico, nonché l'autorizzazione conforme a costituzione al fine di sostenere le spese ivi concordate.

⁹² La parola "sanatoria" (*Indemnität*) non ha ottenuto, è vero, nel diritto pubblico prussiano un significato caratterizzato stabilmente, nel momento in cui non può

Contro questo modo di vedere derivante dalla corretta concezione del diritto costituzionale del bilancio riconosciuto dalla costituzione⁹³ è stato sostenuto⁹⁴ che deriverebbero da ciò conseguenze che rendono necessario riconoscere che il bilancio prescritto dalla costituzione non è una legge, ma avrebbe solamente il significato dell'accordo, manifestato in tal modo tra il Governo e la rappresentanza, circa la giustezza del preventivo e circa la necessità e l'adeguatezza delle somme ivi riportate, ed esso non costituirebbe affatto la base giuridica per l'effettuazione delle spese, la quale è data anche senza bilancio in riferimento alla maggioranza di esse. Questa dottrina perviene allora, inoltre, all'affermazione "secondo cui la

essere posto in dubbio il fatto che il concetto di sanatoria contiene, in parte, l'autorizzazione successiva e la dichiarazione di validità di un comportamento intrapreso senza un'autorizzazione legislativa e, in parte, l'esenzione dalle conseguenze di diritto civile e penale di un comportamento illegittimo (cfr. la relazione della Commissione bilancio della Camera dei deputati del 27 agosto 1866 nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866-67, all. vol. I, n. 39, 138, e la relazione della Commissione bilancio della Camera dei Signori del 6 settembre 1866 nel resoconto stenografico della Camera dei Signori 1866-67, all. vol., n. 15, 127). Discarico e sanatoria si differenziano per il fatto che il primo presuppone il riconoscimento di una spesa in quanto giustificata, l'altra il rifiuto di questo riconoscimento (cfr. Zöpfl, *Grunds. d. ges. D. St. R.*, 5^a ed., parte II, § 398, p. 394, nota 12). La "declaratoria di sanatoria" parte dall'irregolarità del comportamento del Governo, ma lascia in seconda linea la violazione formale avendo riguardo ai fatti (cfr. Grotesend, *Das St. R. der Gegenwart*, § 619, p. 632, nota 2). Che ogni ministro rimanga civilmente responsabile per una spesa effettuata senza una precedente autorizzazione legislativa fino a che non sia intervenuto il discarico previsto nell'art. 104 della carta costituzionale, è fuor di dubbio; altrettanto però può essere sottoposto a considerazione il fatto che, poiché la gestione del bilancio dello Stato senza una legge sul bilancio e l'effettuazione di spese rifiutate contengono una violazione della costituzione, per questo potrebbe essere sollevata l'accusa in base all'art. 61 della carta costituzionale ed in effetti fino a che essa non venga superata dalla concessione della sanatoria. – Dal punto di vista formale, però, la sanatoria deve essere concessa con una legge (come è successo anche nel 1866), dal momento che la concessione della sanatoria non si basa, come l'abituale discarico del Governo da parte delle Camere dopo la presentazione del rendiconto sul bilancio dello Stato, su una determinazione della costituzione e quindi una dichiarazione meramente unilaterale delle Camere del *Landtag* non avrebbe una forza vincolante (cfr. la citata relazione della Commissione bilancio della Camera dei deputati del 27 agosto 1866, *op. cit.*, 139).

⁹³ Che la giustezza della mia concezione circa il significato dell'art. 99 della carta costituzionale a proposito della presentazione del progetto di legge del 14 settembre 1866 riguardo la concessione della sanatoria etc. sia stata riconosciuta anche da parte del Governo e successivamente, anche più volte, da parte della Corona nel discorso della Corona del 5 agosto 1866 (cfr. *supra* 630, nota 4 [*supra* 558 nota 64] e del 9 febbraio 1867 (cfr. *supra* 632 [561]), può essere qui ancora meritevole di sottolineatura.

⁹⁴ Cfr. Laband, *Budgetrecht*, 76 ss. e in *Hirth's Ann.*, 1873, 548 ss. [*trad. it. cit.*].

mancata approvazione del bilancio ha solamente la conseguenza per cui il Governo rimane responsabile in riferimento ad ogni singola spesa e deve addurre la dimostrazione che essa è stata richiesta in sé nell'importo determinato per legge o per il bene dello Stato.

La giusta posizione del Governo sarebbe pertanto, per le leggi di bilancio non approvate ed in riferimento a tutto il bilancio, del tutto analoga al caso delle leggi di bilancio approvate in riferimento alle eccedenze ed alle spese fuori bilancio; la concessione di quest'autorizzazione non sarebbe affatto un atto di grazia del Parlamento, ma la rappresentanza sarebbe giuridicamente obbligata ad approvare tutte quelle spese che essa non avrebbe potuto cancellare dal preventivo". Se però una tale concezione del diritto del bilancio della rappresentanza fosse giusta, ne deriverebbe la seguente interpretazione dell'art. 99 della carta costituzionale: il Governo è comunque obbligato costituzionalmente a presentare alle Camere annualmente, prima dell'inizio dell'anno finanziario, un preventivo di tutte le entrate e di tutte le spese dello Stato. Se, sulla base di questa proposta e con l'accordo delle Camere, si approva un bilancio nella forma di legge, il Governo è coerentemente tenuto alla gestione delle finanze dello Stato. Se però non si approva il bilancio dello Stato, il Governo può, del tutto come se fosse data totale soddisfazione all'art. 99, amministrare le entrate e le spese dello Stato ed è solo obbligato a liquidare ed a giustificare il totale delle spese da esso effettuate. È chiaro pertanto che l'art. 99, se avesse realmente tale significato, non avrebbe il valore della carta su cui sta scritto.

Semplicemente il Governo doveva solo rifiutare l'assenso al bilancio deciso dalle Camere ed in tal modo pervenire ad una situazione senza bilancio, onde gestire l'amministrazione delle finanze completamente senza bilancio a sua propria discrezione e la rappresentanza non avrebbe avuto un diritto più ampio di quello già ad essa comunque spettante in base all'art. 104 della carta costituzionale, di richiedere la successiva rendicontazione circa l'amministrazione delle finanze portata avanti senza bilancio. Se fosse questo il senso dell'art. 99, esso avrebbe potuto essere espunto dalla costituzione senza pregiudizio per il diritto del bilancio della rappresentanza; l'art. 104 lo avrebbe completamente sostituito. Con questa dottrina però si prendono facilmente le parti dell'amministrazione delle finanze senza bilancio, cui non può essere difficile arrivare ad opera di un Governo che trovi una tale situazione nel proprio inte-

resse, e si può poi pervenire al fatto che la condizione di assenza del bilancio diventi cronica e, al posto della normale situazione richiesta dalla costituzione, un Governo coerente con il bilancio dello Stato diventerebbe l'eccezione e, per contro, quello senza bilancio la regola – quindi l'amministrazione finanziaria [sarebbe] rimessa solo alla libera valutazione del Governo.

Questi sarebbero facilmente i risultati di una dottrina che non si allontana essenzialmente dall'impostazione dello Stato assoluto⁹⁵.

Che questa dottrina non corrisponda neppure da lontano al vero senso di una legge fondamentale che debba essere improntata ai principi della monarchia costituzionale⁹⁶, difficilmente necessita di un fondamento più preciso. Essa semplicemente disprezza il diritto costituzionale del bilancio – il diritto più importante della rappresentanza – e lo configura come una caricatura, il che appare esattamente come l'opposto del diritto del bilancio. È stato già messo in luce e mostrato con maggior precisione⁹⁷ che, sulla base del diritto pubblico prussiano, dal punto di vista materiale il diritto del bilancio della rappresentanza non è affatto illimitato, ma è un diritto condizionato a certi confini ed a certe limitazioni, e non può e non deve essere oggetto di contestazione il fatto che la rappresentanza che non si voglia curare arbitrariamente dei limiti imposti a questo riguardo in base al diritto pubblico, potrebbe però abusare formalmente del proprio diritto del bilancio⁹⁸ e potrebbe fissare il

⁹⁵ Di contro alla posizione di Laband anche H. Schulze (*Preuß. Verf.=R.*, vol. II, § 201, 446) osserva “che, nel momento in cui la mancata approvazione del bilancio, secondo questa teoria, propriamente non appare più come qualcosa di incostituzionale e la prosecuzione, senza dubbio riconosciuta (da Laband), dell'ultima legge di bilancio riceve la propria regola come fatto normale, si allontana per il Governo ogni motivo cogente per fare del tutto per uscire da questa situazione ed aspirare con tutte le forze ad un accordo con la rappresentanza” – Anche H. Schulze suppone che il Governo, se effettua spese nel caso di non approvazione del bilancio, fa questo in base alla propria responsabilità e successivamente osserva, inoltre: “per quanto, anche a proposito degli strumenti giuridici non sviluppati che stanno a disposizione della rappresentanza prussiana, il Governo non abbia molto da temere per questa responsabilità sul piano giuridico, dal punto di vista morale è importante che si veda la situazione della legge di bilancio non approvata non come una situazione normale, che ha la propria regola, ma come una situazione abnorme, incostituzionale”. – cfr. anche il barone v. Vincke nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1866, 200.

⁹⁶ Cfr. *supra* § 30, 136, nota 5.

⁹⁷ Cfr. *supra* § 116, *sub* a fino a 4, 602 ss. [in *Percorsi*, cit., 269].

⁹⁸ Che la Camera dei deputati non abbia fatto ciò neanche all'epoca del conflitto è stato già messo in luce sopra § 116, 602 [*ivi*]. Lo stesso rifiuto della maggior richie-

bilancio in modo da violare quei limiti in essere in base alla costituzione.

Ma se ora la carta costituzionale non ha adottato una determinazione espressa al riguardo di ciò che deve accadere in un caso del genere, per salvaguardare il Governo dello Stato “secondo costituzione” occorre in prima linea affrontare la tesi per cui – non contendendo, la carta costituzionale, una determinazione per la fattispecie se la legge di bilancio non venga approvata prima dell’inizio del nuovo anno finanziario – a questo riguardo sussisterebbe una lacuna nella carta costituzionale⁹⁹. Se la carta costituzionale, come dispone chiaramente il comma 2 del relativo art. 62¹⁰⁰, ha pensato egualmente ed in effetti espressamente ad un caso di rifiuto del bilancio e se essa era naturalmente consapevole al riguardo di ciò che, per sua natura, differenzia la legge sul bilancio dello Stato dalle altre leggi, ossia la necessità dell’approvazione, ed ugualmente non ha previsto il caso di un tale rifiuto con una prescrizione in qualsiasi modo disposta, è evidente che essa non ha considerato necessario prevedere espressamente un tale caso.

Ciò deve essere visto del tutto come un dato certo, poiché ci sono, nei fatti, costituzioni che sono più antiche di quella prussiana e che sono state fatte oggetto di considerazione all’atto della proposizione e della revisione della costituzione prussiana e che effettivamente contengono una tale previsione. Poiché, nonostante ciò, non è stato ritenuto indispensabile accogliere una determinazione di questo tipo nella carta costituzionale prussiana e poiché i successivi tentativi di dar luogo in essa all’accoglimento di una tale determi-

sta per i costi della riorganizzazione dell’esercito non confliggeva con il principio in questione.

⁹⁹ Cfr. la dichiarazione del Presidente del consiglio v. Bismarck-Schönhausen *supra* 628 [554], a proposito della quale anzitutto occorre rinviare al fatto che per la scienza giuridica non c’è affatto una lacuna in un qualsivoglia sistema giuridico. Ci sono tuttavia questioni giuridiche su cui le leggi scritte non si esprimono, ma non per questo il diritto è lacunoso. Il compito della scienza giuridica e dei giuristi non consiste affatto solo nell’applicare le leggi scritte ai casi che ivi risultano espressamente decisi, ma soprattutto decidere in base ai principi del diritto generale per i casi al cui riguardo manca una tale determinazione espressa, sicché deve essere trovata una soluzione per ogni questione oggetto di controversia. Da questo principio prende le mosse, sul piano letterale, anche il diritto prussiano (cfr. *Allgemeine Landesrecht, introd.*, § 49 e al riguardo il commento di Koch all’A.L.R., 7^a ed., vol. I, 55, nota 65).

¹⁰⁰ L’art. 62, comma 3, fissa: “i bilanci dello Stato vengono *in toto* accolti o rifiutati dalla I Camera”.

nazione sono stati respinti nei fatti¹⁰¹, ne deriva senza dubbio che la carta costituzionale prussiana non ha volutamente assunto alcuna determinazione per il caso della mancata approvazione della legge di bilancio e quindi non si può parlare per questo di una lacuna tale da necessitare di una particolare sistemazione di diritto positivo¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. *supra* § 116, *sub* A fino a 7, 611 ss. [*supra* 281].

¹⁰² La presenza di una “lacuna” nelle prescrizioni di bilancio della carta costituzionale prussiana viene contestata anche dal dr. C. Rößler (*Studien zur Fortbildung der Preuß. Verf.*, parte I, n. 3, 85) e viene dimostrato in modo convincente che non si può parlare di ciò. Inoltre, il saggio cerca di dimostrare che le determinazioni della carta costituzionale prussiana sul diritto del bilancio sono manchevoli e non opportune; i necessari sostegni vanno trovati nella scomposizione del bilancio dello Stato in un bilancio ordinario ed in uno straordinario (o in un bilancio permanente ovvero annuale). – cfr. dr. G.A. Lautier, *Die Verfassungslücke* (Berlino 1865, Neumann). Anche Gneist (*Budget und Gesetz nach dem konstitutionellen Staatsrechte Englands*, Berlino 1867, 20-22 [*trad. it.* Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese/osservazioni del dott. Rodolfo Gneist; precedute da una lettera di Ruggero Bonghi ed Angelo Messedaglia, Firenze, 1869]) contesta l'esistenza della “lacuna” sostenuta dal Governo nel diritto del bilancio prussiano; egli trova poi una contraddizione che avrebbe bisogno di una correzione. La sua impostazione perviene al fatto che in futuro, nelle spese, le poste puramente contabili debbono essere distinte dalle poste realmente autorizzate, senza che per questo ci sia necessità di interrompere la consuetudine di fornire un fondamento all'importo complessivo di tutte le entrate e spese. Nella redazione della legge di bilancio diventerebbe però necessario suddividere con formule stabili le poste effettivamente autorizzate da quelle riconosciute come puramente contabili, con il che verrebbe evitata ogni ipotesi come se, per le poste per legge, dovesse ancora esserci un'autorizzazione. Mettere insieme tutte le varie poste porterebbe non all'attuazione del “grande principio” dell'autorizzazione delle spese nella sua purezza e nelle sue conseguenze, ma ad un controsenso giuridico, che sottrarrebbe alla Camera dei deputati, così come alla Camera dei Signori, la possibilità di rifiutare il bilancio. Illegittimo sarebbe però anche, con l'attuale costituzione, ogni aumento unilaterale delle spese dello Stato di contro alla decisione della rappresentanza – v. Gerber (*Grundzüge eines Syst. des d. St. R.*, 3^a ed., § 51, 169, nota 8) individua altrettanto l'unica strada per una soluzione pratica in una legislazione che sfoci nel fatto di delimitare in un ambito più ristretto la possibilità di conflitti tra poteri dello Stato in ordine alla fissazione del bilancio. Ciò potrebbe essere raggiunto fissando per legge un bilancio ordinario, accanto al quale rimarrebbero solo le modifiche per l'approvazione di volta in volta. Sarebbe lo stesso se si proponesse di fissare le richieste finanziarie delle esigenze più importanti e stabili dello Stato, per es. per la costituzione della giustizia e dell'esercito, mediante leggi speciali, il cui risultato non venga più approvato nella discussione del bilancio, ma venga inserito come una posta già fissata; perché, se questo procedimento viene esteso a tutti gli importi del bilancio permanenti, si verifica alla fine lo stesso rispetto a quanto è contenuto nella proposta di un bilancio ordinario, cioè la somma di molti, singoli bilanci ordinari. Il cd. diritto del bilancio diventerebbe allora del tutto corrispondente a verità quando si smettesse di concepirlo come un diritto parlamentare concernente il diritto di potere (*Machtrecht*) (come diritto di paralisi dello Stato) e piuttosto troverebbe la propria essenza solo nel diritto alla verifica se le poste di bi-

La carta costituzionale fissa piuttosto, con il suo art. 99, il diritto di rifiuto delle spese da parte della rappresentanza e crea per il dicastero un indefettibile dovere di far sì che la legge sul bilancio dello Stato venga realmente approvata prima dell'inizio dell'anno finanziario. Se il dicastero non può o non intende soddisfare questo precetto dell'art. 99, esso non si trova allora nella condizione di guidare l'amministrazione delle finanze con quelle modalità che la costituzione presuppone¹⁰³ e, se effettua spese senza essere autorizzato

lancio corrispondano alle esigenze dello Stato in base alla legge ovvero fondate in altro modo. – cfr. anche il discorso del dep. V. Gerber nella seduta del *Reichstag* della Confederazione tedesca del Nord del 9 aprile 1867, vol. II, 654-655).

¹⁰³ Il dep. dr. Gneist (nella seduta della Camera dei deputati del 28 marzo 1865) ha a questo riguardo fatto presente quanto segue: “il Governo ha l'obbligo annuale di procurarsi i pieni poteri del Re per le poste generali sugli strumenti finanziari – pieni poteri che, sulla base dell'art. 99 della costituzione, ora possono essere concessi solo con l'assenso delle due Camere, nella forma di una legge di bilancio che per l'amministrazione è una “legge di autorizzazione” etc. I ministri quindi, dopo l'assenso rifiutato di una Camera, sono obbligati, subito e *bona fide*, a presentare un progetto modificato ed in effetti con un'attenzione positiva alle precedenti motivazioni del rifiuto, per ottenere i pieni poteri ad essi necessari con una concessione materiale su questi punti. Tutto l'obiettivo di diritto pubblico della discussione sul bilancio è di portare su questa strada ad una modifica pratica del bilancio. Le discussioni su un bilancio respinto possono ripetersi perciò più volte. Questo è proprio il terreno dei ‘compromessi’, quali vengono raggiunti sul più oppure sul meno delle spese e su una differenziazione delle entrate. Compromessi sul diritto o sul torto, sul riconoscimento o meno della costituzione non ci sono, per contro. L'obbligo permanente del dicastero in ordine all'accordo sul bilancio decade se l'anno finanziario è decorso dopo discussioni tentate oralmente; allora è venuto meno l'oggetto della discussione ed è scaduto anche l'obbligo in senso positivo per impossibilità. Allora fa il proprio ingresso la questione della sanatoria. Successivamente i ministri violano la costituzione se presentano un bilancio dopo che l'anno finanziario è già iniziato, per la qual cosa erano costituzionalmente necessari i pieni poteri. Ciò può avvenire nell'ambito di una presunta autorizzazione di cui ad una prassi a manica larga; ma questa presunzione viene meno se la Camera si oppone e reclama espressamente il proprio diritto. Da questo momento in poi non si può parlare più della buona fede di una prassi largheggiante. Altrettanto, senza dubbio i ministri agiscono *in fraudem legis* se, dopo il rifiuto del bilancio da parte di uno dei fattori [della legislazione - *n.d.C.*] chiamati al riguardo dalla costituzione, presentano un bilancio non modificato e semplicemente chiudono la seduta. Perché in tal modo la costituzione viene violata, dal momento che il dicastero non è più o meno puramente obbligato a presentare un bilancio, ma piuttosto è obbligato a procurarsi l'assenso per i pieni poteri in ordine alle finanze, e lo scopo della discussione sul bilancio, pervenire cioè a modifiche pratiche del bilancio, viene scientemente eluso con l'interruzione delle discussioni. La prerogativa della Corona, di chiudere la seduta, non può venire qui in considerazione; perché questo diritto non può essere utilizzato in modo tale da cancellare ovvero per eludere un altro diritto ed il dovere ad esso corrispondente del Governo” (cfr. resoconto stenografico della Camera dei deputati 1865, vol. II, 797-798).

al riguardo da una legge sul bilancio, non si tratta di un comportamento coerente con la costituzione¹⁰⁴. La carta costituzionale non ha trovato però una determinazione espressa riguardo a quanto debba accadere in tale caso al fine di mantenere il Governo del paese “coerente con la costituzione”, unicamente in quanto essa è tacitamente partita dalla supposizione secondo cui sarà fatto uso dell'utilizzo di quegli strumenti di aiuto che il diritto pubblico di impronta costituzionale¹⁰⁵ considera “coerenti con la carta fondamentale”.

Le vie d'uscita però, che – isolatamente o in collegamento ad altre – finché e laddove c'è vita costituzionale – sono state viste come strumenti di ausilio in tale caso, risultano: modifica della rappresentanza della Corona tramite i suoi ministri responsabili, scioglimento della Camera dei deputati, modifica della composizione della Camera dei Signori. Questi strumenti di ausilio li ha ovviamente tenuti d'occhio tacitamente anche la legge fondamentale “costituzionale” dello Stato prussiano¹⁰⁶. Pertanto, risulta un obbligo di diritto pubblico di ogni Governo che stia sul terreno della costitu-

¹⁰⁴ L'idea come se potesse essere giustificato ovvero imposto con il “diritto d'urgenza dello Stato” di lasciare la costituzione inattuata e non oggetto di considerazione con le modalità qui in discorso, non necessita di una confutazione. Quest'idea si basa solo sul disconoscimento del concetto e delle determinazioni in ordine ai confini del cd. *jus eminens* dello Stato, quale gli stessi giuspubblicisti di tendenza conservatrice non consideravano fondato in questa dimensione (cfr. Zöpfl, *Grunds. des allgem. u. D. St. R.*, 5^a ed., vol. II, § 489, 697, il quale, in riferimento ad altri campi, considerava fondato sul diritto patrimoniale un diritto d'urgenza dello Stato solo in base a quelle premesse alle quali può essere dichiarato uno stato di guerra. Cfr. pure Bluntschli, *All. St. R.*, 2^a ed., vol. II, libro 6, cap. 20, 108 ss.; Schmittener, *Grundlinien des allgem. u. idealen Staatsr.*, 371; Zachariä, *D. St. u. B. R.*, 3^a ed., vol. II, § 152, 121 ss.).

¹⁰⁵ Essendo lo Stato prussiano una monarchia “costituzionale” (cfr. *supra* § 30, *sub* IV, 136), non può evidentemente essere posto in discussione il fatto che per il diritto pubblico prussiano non può mai venire in discussione quello della monarchia assoluta, ma solo quello della monarchia costituzionale, quale fonte sussidiaria del diritto. Inoltre, anche l'art. 109 della carta costituzionale vieta espressamente l'attuazione di quelle leggi dell'epoca della monarchia assoluta le quali vanno contro la costituzione (cfr. *supra* § 22, *sub* 1, 87) ed in questo modo è diventato certo inapplicabile allora anche il principio giuridico esistente fino all'emanazione della carta costituzionale, secondo cui in Prussia il Governo ha solo per sé stesso l'autorizzazione a spendere e ad utilizzare le entrate dello Stato a proprio giudizio. Perché questo principio dell'antico diritto è in contraddizione con l'art. 99 della carta costituzionale e non ha più validità, pertanto, dopo l'art. 109.

¹⁰⁶ Cfr. anche dr. Simson nel resoconto stenografico della Camera dei deputati 1862, vol. III, 1747.

zione, il fatto di procedere in ogni caso nella direzione di ognuno di questi strumenti di ausilio e, se non gli dovesse riuscire, di pervenire, con tentativi ripetuti, ad un accordo sulla legge del bilancio dello Stato, nonché di crearsi in questo modo i pieni poteri costituzionalmente necessari in ordine all'amministrazione delle entrate e delle spese dello Stato. Per contro, la dottrina secondo cui non ci sarebbe affatto bisogno di tali strumenti d'ausilio, ma, nel caso che un bilancio non lo si approvi nella forma di legge o fino a che non si approvi una tale legge, il Governo possa portare avanti l'amministrazione delle finanze unicamente secondo il proprio giudizio ed esso rimanga obbligato solo alla giustificazione successiva delle spese effettuate, non ha alcun fondamento sul terreno della costituzione, ed in effetti già per il motivo per cui la mancata approvazione della legge di bilancio non può essere procurata in ogni momento da parte del Governo.

Ciò in quanto, se costituzionalmente fosse autorizzato a rifiutare la sua approvazione, esso si troverebbe nella possibilità di impedire a suo piacimento, unicamente con la sua semplice, mancata autorizzazione, l'approvazione della legge di bilancio¹⁰⁷, rendendo in tal modo del tutto illusorio il diritto del bilancio della rappresentanza. Questa dottrina, di conseguenza, mette del tutto in discussione le basi prime della legge fondamentale prussiana, come di ogni altra legge fondamentale [di impronta] costituzionale – il diritto del bilancio della rappresentanza – e se una tale interpretazione trovasse il proprio fondamento nella carta costituzionale, ciò equivarrebbe quasi ad una soppressione della costituzione. Non può essere perciò contestato che, nell'amministrazione delle entrate e delle spese dello Stato ad opera di un dicastero che non possieda la necessaria autorizzazione al riguardo sul piano del diritto pubblico, da ottenere, a norma dell'art. 99 della carta costituzionale, solo con una legge sul bilancio dello Stato frutto di accordo, è con-

¹⁰⁷ Che un Governo che non sia in accordo in tal modo altrettanto come una rappresentanza che abusi del proprio diritto formale al bilancio possano abusare del diritto loro spettante di non approvare l'ultimo bilancio deciso da quest'ultima, non può essere contestato. La questione però circa quale dei tre fattori che prendono parte alla fissazione per legge del bilancio sia responsabile della mancata approvazione non può venire in considerazione ai fini del problema relativo alle conseguenze di diritto pubblico della mancata approvazione del bilancio, sebbene tuttavia essa possa essere resa idonea a costituire un motivo per pervenire ad un accordo sul bilancio in riferimento agli strumenti costituzionali da attuare da parte del Governo.

tenuta una violazione della costituzione avuto riguardo all'art. 99 e non può essere perciò messo in discussione il fatto per cui costituisce un dovere costituzionale del Governo, nel caso in cui non riesca ad esso di accordarsi su una legge di bilancio, il dover portare ad attuazione quei mezzi che il diritto pubblico di impronta costituzionale riconosce come appropriati e solo ammissibili, al fine di pervenire all'accordo per intanto non raggiungibile da parte del Governo con la rappresentanza.

Un Governo che tralasci di trovare con queste modalità secondo costituzione la soluzione del conflitto costituzionale in essere tra esso stesso e la rappresentanza, non si colloca più sul terreno dell'art. 99 della carta costituzionale; perché, senza un bilancio dello Stato concordato, non è pensabile un'amministrazione delle finanze secondo legge. Non è vero che un Governo che gestisca senza bilancio l'amministrazione delle finanze non ponga in essere una rottura della costituzione, ma governi secondo costituzione¹⁰⁸.

(seconda parte)

(traduzione a cura di Clemente Forte)

¹⁰⁸ Cfr. anche Lasker, *Zur Verfassungsgeschichte Preussens*, 362.

CLEMENTE FORTE

POSTFAZIONE

Rinviando alle brevi osservazioni generali su v. Rönne di cui al precedente numero della Rivista, con la pubblicazione dei primi §§ 114-116 della sezione dedicata alle questioni finanziarie nell'ambito del trattato su Il diritto pubblico della monarchia prussiana (ed. 1881), vengono qui presentati i successivi §§ 117 e 118, sempre dedicati alla medesima materia.

In particolare, qui l'A. affronta due problemi: con il § 117 egli si occupa dell'obbligo del Governo di amministrare le entrate e le spese dello Stato in conformità al bilancio approvato con la relativa legge, mentre, con il § 118, egli mette in evidenza il tema "classico" delle conseguenze della mancata approvazione di tale legge.

Sempre nello spirito di cogliere qualche spunto o passaggio d'attualità, in riferimento al § 117, che tratta della illegalità di cui alle cd. "eccedenze" di bilancio, cioè delle spese effettuate al di là delle previsioni di bilancio, che dallo scritto si trae conferma circa la necessità di procedere alla relativa sanatoria, come avviene ancora oggi, peraltro, con la legge che approva il rendiconto dello Stato dell'anno precedente. È interessante in questo ambito come l'A. si soffermi anche sul reciproco dell'eccedenza, ossia la mancata effettuazione da parte del Governo di spese previste in bilancio: tema, questo, che, nella letteratura contemporanea sulle questioni di contabilità pubblica, risulta pressoché ignorato.

In proposito, l'A. ricorda che, anche in questo caso, il Governo deve giustificare la mancata spendita ed in tale ambito mette a punto un tema di grande attualità: "l'accoglimento di una posta di spesa in bilancio non contiene affatto, ... evidentemente, l'obbligo per il Governo di utilizzare i mezzi ad esso autorizzati, ma è indubbio che a questo riguardo esiste anzitutto solo una 'autorizzazione' ad effettuare la spesa, e pertanto non c'è bisogno di una giustificazione più precisa, per cui il Governo è non solo autorizzato, ma anche obbligato a tralasciarne l'utilizzo quale è stato autorizzato se cause effet-

tive dovessero rendere inammissibili o non necessarie le spese previste in bilancio, e quindi a lasciar subentrare un risparmio a vantaggio delle casse dello Stato” (cfr. pag. ...).

Si tratta di un principio ovvero di una prassi cui, almeno nel caso italiano, non viene dato seguito alcuno. Innumerevoli sono i casi, tanto per l'entrata che per la spesa, di mancata (parziale o totale) effettuazione delle conseguenti operazioni, senza non solo un'adeguata informativa, ma anche – e di conseguenza – senza un'idonea giustificazione di supporto al riguardo. Potrebbe spettare all'organo di controllo esterno (Corte dei conti) verificare, nell'ambito, eventualmente, del giudizio di parifica, le relative motivazioni ed esprimere al riguardo valutazioni, almeno per le poste ovvero per i casi più rilevanti, ma a ciò osta il fatto che non sono disponibili informazioni così di dettaglio. Il tema negletto consiste dunque nelle responsabilità personali di chi gestisce ed omette (in tutto o in parte) ovvero va al di là delle previsioni.

Nell'ambito del successivo § 118 l'intento dell'A. è anzitutto quello di una minuziosissima ricostruzione dell'antefatto nonché dei vari passaggi del famoso conflitto in Prussia tra Governo e Parlamento circa la gestione di un bilancio non approvato. Da questo punto di vista il testo costituisce una vera miniera di informazioni e di memorie su un avvenimento che segnò non solo la storia tedesca, ma, soprattutto, la dottrina in materia di diritto del bilancio. È noto, infatti, come risalga a tali vicende la prima e successiva elaborazione, soprattutto ad opera di P. Laband, della legge di approvazione del bilancio dello Stato come legge formale, il che giustificava l'avvenuta gestione pur in assenza di un bilancio approvato, in quanto si trattava pur sempre del suggello solo formale ad un atto pur sempre e solo amministrativo.

Una dottrina che, poi, per altri motivi (evitare, cioè, di mettere insieme le novità con il consolidato), fu accolta nella nostra Costituzione con l'antico comma 3 dell'art. 81, maldestramente soppresso con la novella del 2012, come viene attestato dal fatto che l'attuale Sezione II della legge di bilancio unificata altro non è che il precedente bilancio a legislazione vigente. Che, tra l'altro, deve sopravvivere anche per il fatto di costituire il parametro per l'implementazione dell'obbligo di copertura, come saldo da non peggiorare di cui alla legislazione vigente, appunto. Tra l'altro, ciò significa – altro particolare sfuggito ai più e soprattutto agli economisti che parteciparono alla stesura della predetta novella – che la legge di bilancio non può essere

sottoposta all'obbligo di copertura, di contro a quanto, in modo pasticciato, indica il nuovo comma 3 del medesimo art. 81 nel riferire l'obbligo di compensazione a tutte le leggi di essere (e quindi, alla lettera, anche alla legge di bilancio): si tratta di un ossimoro, infatti, perché, come detto, la legislazione vigente costituisce il parametro per la copertura di tutte le altre leggi e quindi non può essere parametrata a sé stessa. Naturalmente, sussistono anche altre ragioni a giustificazione della necessaria esistenza del bilancio a legislazione vigente: basti pensare alle modalità di impostazione delle manovre nei Paesi OCSE, in termini di correzioni dei cd. "tendenziali", che altro non sono che i bilanci a legislazione vigente.

Ritornando allo scritto, colpisce non tanto l'insistenza sull'argomento delle conseguenze della mancata approvazione della legge di bilancio, evidentemente ancora sotto l'effetto del clima dei drammatici avvenimenti di cui al citato conflitto, quanto la sottolineatura del fatto che "dal punto di vista del diritto pubblico le Camere sono obbligate però ad autorizzare le spese che poggiano sulla costituzione e sull'obbligo per legge ovvero in base al diritto dello Stato, così come quelle spese da riconoscere altrimenti come necessarie, ed un diritto di rifiuto puramente arbitrario non trova alcun terreno nella costituzione in essere" (pag...). Il che costituisce un punto di estremo interesse, anche perché si lambisce così il tema, tanto in voga oggi in Italia, anzitutto del cd. "eccesso di potere legislativo", sia pur visto nel momento omissivo, e si fissa con grande chiarezza il punto-cardine della contabilità di Stato contemporanea (ignoto ai più), ossia il rapporto tra legge e bilancio nel senso che il secondo deve tener conto degli effetti finanziari della prima.

Naturalmente, non è questa la sede per esaminare argomenti così complessi né, più nello specifico, se una tale obbligo all'approvazione del cd. "consolidato" del bilancio possa aver cittadinanza nel nostro ordinamento: probabilmente sì, ove si pervenisse ad una situazione tale da mettere in pericolo la *salus rei publicae* (nel caso, ad esempio, che al 2 maggio il Parlamento non abbia approvato la legge di bilancio dopo i quattro mesi dell'esercizio provvisorio, ipotesi nella quale forse sarebbe ammissibile un decreto-legge). Comunque, si tratta di questioni ancor oggi dibattute, come si può facilmente vedere.

L'ultimo, sintetico spunto di attualità consiste nel discorso sviluppato nelle note 2 e 92, in tema di responsabilità ministeriale, tema ormai negletto nella nostra pubblicistica e relegato alla manualistica degli anni '50 e '60. Tema che però andrebbe ripreso, perché, come si

evinces anche dalle disamina sui bilanci da parte della Corte dei conti, sia pur a campione, emergono sovente molti fattispecie inquadrabili non solo nell'ottica della responsabilità erariale, ma anche di quella più propriamente civilistica.

In un'epoca, come quella dell'attuale nostro ordinamento, in cui è diventato di moda ormai sospendere in molti casi la parifica da parte della Corte dei conti dei bilanci regionali, in base anche ad una funzione paragiurisdizionale svolta nell'ambito della relativa procedura (e dimenticando invece che si tratta di una funzione inquadrata nell'art. 100 della Costituzione, formalmente tra quelle ausiliarie nei confronti del Governo, peraltro, oltre che del Parlamento, nonostante le forme della giurisdizione in riferimento essenzialmente al principio del contraddittorio), con contestuale rimessione della questione di legittimità costituzionale per lo stesso rendiconto regionale da parificare, prima o poi si porrà il problema degli effetti civilistici di tali esiti, nell'ambito dei quali sembrerebbe profilarsi, più che una responsabilità diretta degli esecutivi, una ricaduta della mancata o della sospensione della parifica nel rapporto tra ente e cittadinanza, in caso di accoglimento del ricorso da parte della Corte costituzionale: anche qui, tema di estrema complessità, ancora inesplorato, ma che deve essere allargato al caso di irragionevoli decisioni di sospensione ovvero di rifiuto di parifica, con le conseguenze che ciò finisce con il comportare, anche per aspetti civilistici. Mentre prima affiorava il tema dell'eccesso di potere legislativo, forse è anche il caso di cominciare a pensare all'eccesso di potere giurisdizionale.

In definitiva, sia sufficiente qui ribadire, comunque, in riferimento a questi due §§ 117 e 118, che, in uno scritto di quasi due secoli fa, si rinvergono notevoli spunti di riflessione di assoluta attualità. Benché l'A. rimanga collocato nella sfera degli specialisti e non abbia lo standing, nella storia del diritto pubblico europeo, di uno Jellinek o di un Laband, per fare un esempio riferito alla letteratura giurispubblicistica di lingua tedesca, ciò nondimeno la temperie culturale di un'epoca così ricca e così piena di fermenti, come quella tedesca riferita alla seconda parte del XIX secolo, pone sul tavolo, propria grazie alla propria ricchezza, una serie di quesiti e di spunti che si confrontano con le domande eterne del diritto pubblico, almeno dell'epoca contemporanea, e di quello particolare riferito all'ambito più ristretto della contabilità pubblica, nell'ambito della quale v. Rönne stesso ricorda che il diritto del bilancio è quello "più importante della rappresentanza" (pag...). Allora come oggi.

Hanno collaborato a questo fascicolo

PIERRE BRUNET

Professore ordinario di Teoria generale del diritto e Diritto costituzionale comparato nell'Università Paris 1 Panthéon-Sorbonne

JOSEP MARIA CASTELLÀ ANDREU

Professore di Diritto costituzionale nell'Università di Barcellona, già Membro della Commissione di Venezia per la Spagna (2014-2022)

FRANCESCO DURANTI

Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università per Stranieri di Perugia

ELENA FERIOLI

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università di Bologna

CLEMENTE FORTE

Presidente di sezione onorario della Corte dei conti, già direttore del Senato della Repubblica

FABIO GIOVAGNOLI

Giudice e Dirigente Supplente del Tribunale della Repubblica di San Marino e membro effettivo della Commissione di Venezia, nonché membro del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE) e del Comitato Europeo di Cooperazione Legale (CDCJ)

CHRISTOPH GRABENWARTER

Presidente della Corte costituzionale austriaca, membro della Commissione di Venezia e Professore di Diritto pubblico ed internazionale nell'Università di Economia di Vienna (Austria)

TANIA GROPPI

Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena, Vicepresidente del Gruppo di esperti indipendenti sulla Carta europea dell'autonomia locale e Constitutional Advisor to the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe

VALERIA PIERGIGLI

Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato nell'Università di Siena

ÁNGEL SÁNCHEZ-NAVARRO

Professore di Diritto costituzionale nell'Universidad Complutense de Madrid, già membro supplente della Commissione di Venezia (Spagna)

ALESSANDRA STEFANELLI

Professoressa ordinaria di Diritto dell'economia nell'Università di Bologna

