

Rivista N°: 3/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 10/07/2019

AUTORE: Giandomenico Falcon*

TRE LIVELLI DELLA “GEOGRAFIA DEL POTERE” COME PROBLEMA COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Premessa – 2. Primo livello. I poteri locali. – 3. Secondo livello. Stato e Regioni. – 4. Terzo livello: Unione europea e Stati. – 4.1. L'ordinamento dell'Unione europea come problema di diritto costituzionale. – 4.2. La “suità” dell'ordinamento dell'Unione. – 4.3. Il difficile equilibrio degli ordinamenti composti.

1. Premessa

Propongo qui qualche osservazione in relazione a tre differenti risoluzioni di una possibile mappatura della “geografia del potere”: un primo livello che metta a fuoco i confini dei comuni e delle province all'interno della regione di appartenenza, un secondo livello che metta in evidenza le regioni all'interno dello Stato e infine un terzo livello, ancora più ampio, che comprenda l'intero ambito dell'Unione europea, e mostri al suo interno gli Stati membri.

2. Primo livello. I poteri locali

Non mi sembra ci sia stata sin qui occasione, in questo dibattito, di ricordare che nel 2014 è stata approvata la più incisiva riforma dei poteri locali dall'entrata in vigore della Costituzione, quella che ha trasformato la Provincia da ente che esprime un indirizzo politico proprio, a ente che esprime un indirizzo derivato dagli indirizzi dei Comuni che la compongono.

* Professore Emerito di Diritto Amministrativo nell'Università di Trento.

Come è ben noto, avverso questa trasformazione, avvenuta nella prospettiva di una riforma della Costituzione che – eliminando ogni specifico riferimento all'istituzione provinciale – avrebbe lasciato la disciplina degli “enti di area vasta” nelle mani del legislatore ordinario e dei legislatori regionali erano stati proposti dubbi di compatibilità con la Costituzione vigente.

Tuttavia, la Corte costituzionale li ha respinti con la sentenza n. 50 del 2015; e con l'ulteriore sentenza n. 168 del 2018 – oltre un anno e mezzo dopo il rigetto della riforma costituzionale nel referendum del 4 dicembre 2016 – ne ha sancito con determinazione e senza mezzi termini la natura di “grande riforma economica e sociale”, statuendo in particolare che “Il “modello di governo di secondo grado”, adottato dal legislatore statale [...] rientra, tra gli «aspetti essenziali» del complesso disegno riformatore che si riflette nella legge stessa” (punto 4.3 in diritto).

L'aspetto centrale della “semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro della ridisegnata geografia istituzionale” (appunto la “geografia del potere” del presente incontro) sta nella sostituzione dello storico modello tripartito di autonomie territoriali, che vedeva comuni, province e regioni titolari ciascuno di un autonomo indirizzo politico, in potenziale competizione con quello degli altri, con un modello fondato soltanto su Regioni e Comuni, nel quale il livello provinciale (o di Città metropolitana) è organizzato non come sede di ulteriore autonomia politica ma come espressione della corresponsabilità dei Comuni, nel quadro di una complessiva regia e responsabilità regionale.

Questo nuovo modello non è incontestato, né dal punto di vista costituzionale né dal punto di vista politico, ed è ben noto che esistono progetti di ritorno al passato. A mio avviso, però, mentre va decisamente sostenuta l'esigenza di garantire, anche in termini di organizzazione e finanziamento, che i servizi di area provinciale e metropolitana siano gestiti in termini di massima operatività ed efficienza, sarebbe negativo reintrodurre un livello intermedio di autonomia politica, rinunciando alla semplificazione dei livelli di responsabilità verso i cittadini, e all'aumento di autonomia che ne è derivato sia per le regioni (con la maggior libertà di plasmare l'amministrazione di area vasta) sia per i comuni nel condividere le scelte più impegnative di ambito sovracomunale. In questo, come in altri casi, meno può essere più.

Tuttavia, senza volere con ciò porre in dubbio la giurisprudenza costituzionale, è impossibile non vedere il non perfetto allineamento del testo costituzionale con la prospettiva della vigente legislazione, e dunque l'esigenza, se il legislatore vorrà coerentemente proseguire nello sviluppo di questa impostazione, di trarne le conseguenze al livello costituzionale.

3. Secondo livello. Stato e Regioni

La seconda risoluzione della mappatura ci propone lo Stato nella sua interezza, e le relazioni che esso ha con gli enti territoriali che lo “compongono”, in particolare (ma non solo) con le Regioni.

Su questo ambito, mi sembra, si sono fondamentalmente incentrate sia le trattazioni dei relatori che quelle dei discussant di questo incontro.

In generale, si è messo in rilievo il paradosso di un sistema che nella Costituzione sembra fondato su competenze legislative separate per materia, e di conseguenza è privo di un organismo di confronto o collaborazione legislativa tra Stato e Regioni, mentre nella realtà è chiamato a funzionare secondo un criterio di sempre crescente integrazione delle competenze, in ragione sia della costitutiva frammentarietà delle competenze legislative regionali (cui sin dall'inizio è interdetta ogni incursione nel diritto privato, penale e processuale), sia di un forte accentramento statale della legislazione realizzato mediante le c.d. competenze trasversali, l'attrazione in sussidiarietà, o anche soltanto l'inevitabile intreccio tra le diverse materie nella realizzazione delle politiche.

Per questa ragione l'adempimento dell'antica (ma sin qui mai mantenuta) promessa dell'art. 5 della Costituzione, secondo la quale la Repubblica "adeguа i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento" non solo è rimasto urgente, ma è divenuto più urgente che mai.

D'altronde, la "perdurante assenza" di un meccanismo di collaborazione nelle leggi è stata più volte ricordata, se non lamentata, dalla Corte costituzionale (v. ad esempio n. 6/2004 ma anche 7/2016). La discussione e la progettazione della riforma costituzionale avrebbero forse potuto, nel 2015/2016, costituire l'occasione per risolvere insieme la questione del bicameralismo e quella della rappresentanza delle Regioni. Tuttavia, occorre riconoscere che nel dibattito pubblico la legittimazione delle Regioni ad essere (eventualmente insieme agli enti locali) coprotagoniste della legislazione nazionale nella seconda camera non è stata condivisa né dalla "classe politica" nel suo insieme (impressionante, tra l'altro, la rigida opposizione di alcuni ex Presidenti di Regione) né dalla totalità gli studiosi di diritto pubblico, regionale e costituzionale.

In difetto di questo sostanziale riconoscimento, la composizione ibrida e confusa proposta per il Senato dalla legge costituzionale sottoposta al referendum ha contribuito, insieme ad altri fattori, al fallimento della riforma.

L'agenda politica dell'attuale Governo sembra avere rinunciato a dare un senso realmente differenziato al Senato, puntando sulla conservazione della scissione della rappresentanza popolare in due camere ugualmente legittimate ad una lettura doppia (o plurima) delle leggi, quale mero strumento di riflessione e conseguente migliore ponderazione. Su questo carattere non incide l'ipotesi – prevista dal punto 20 del "Contratto di governo" tra il Movimento 5 Stelle e la Lega – che le due assemblee divengano meno numerose, a quel che sembra per motivi finanziari più che funzionali.

La strada sembra dunque lunga per le Regioni per arrivare a legittimarsi quali interlocutori ufficiali e reali, oltre che del Governo (al quale non a caso le rinvia la stessa sentenza "aperturista" n. 251 del 2016), del procedimento legislativo ordinario.

Che questa strada possa essere quella del regionalismo differenziato di cui all'art. 116, terzo comma, è un'ipotesi non del tutto implausibile, che resta però da verificare in un periodo non certo breve.

4. Terzo livello: Unione europea e Stati

4.1 L'ordinamento dell'Unione europea come problema di diritto costituzionale

Il terzo livello ci porta in una zona nella quale si colloca innegabilmente una parte ormai larga di potere effettivo, cioè al livello dell'Unione europea, e alla giunzione tra Unione e i suoi Stati membri.

Qui il primo punto da affrontare sembra essere se il diritto dell'Unione e in particolare la giunzione tra Unione e Stati sia un problema di diritto costituzionale, o più precisamente in quali termini esso lo sia.

Una prima possibile risposta è che esso indubbiamente lo è, a condizione e nella misura in cui si assuma il "punto di vista interno" dell'ordinamento incentrato sulla Costituzione repubblicana, cioè dell'ordinamento italiano. In questo senso, appartengono al diritto costituzionale tutti i temi e problemi che si possono percepire assumendo tale punto di osservazione, che ne fornisce al tempo stesso il fondamentale criterio di valutazione.

Questa risposta esprime indubbiamente un punto di vista legittimo, che tuttavia porta con sé un problema ineliminabile: esso infatti consente di percepire il fenomeno dell'Unione europea non "per sé", ma soprattutto, se non soltanto, come problema di "interferenza" con i meccanismi della sovranità nazionale: il modo di incidenza delle norme europee nell'ordinamento nazionale e – croce e delizia – i limiti di tale incidenza e i "controlimiti" imposti dalla Costituzione.

Lo stesso vale, naturalmente, per tutti gli Stati dell'Unione, e il risultato è che avremmo ventotto "diritti costituzionali dell'Unione europea", nessuno dei quali si occuperebbe realmente dell'Unione europea. Precisamente, infatti, si tratterebbe di ventotto diritti nazionali dell'Unione Europea. La concentrazione dell'attenzione sulla propria Grundnorm, ovvero sulla "norma di riconoscimento" del proprio sistema, distoglie l'attenzione dalla "costituzione reale", dalla "persona reale" – se così si può dire – della specifica organizzazione di poteri composta dall'Unione e dagli Stati.

A questa stregua, i costituzionalisti europei apparirebbero rinchiusi ciascuno nel suo specifico ordinamento. Anziché essere i costruttori dell'Unione, essi rischierebbero di essere soltanto i guardiani dei confini che ciascun singolo Stato membro ha con essa.

Se si vuole evitare questa situazione, occorre evidentemente percorrere un'altra strada, la quale implica di assumere il punto di vista interno del diritto dell'Unione, cioè dell'ordinamento giuridico di nuovo genere, di quel proprio ordinamento giuridico sancito dalla Corte di giustizia sin dalle sentenze Van Gend en Loos e Costa-ENEL del 1963 e 1964: un ordinamento unico, non la proiezione olografica di ventotto ordinamenti, un ordinamento fondato sui Trattati come sulla propria costituzione, ora integrata dalla Carta dei diritti fondamentali. A un simile ordinamento non può non corrispondere un proprio diritto costituzionale, esattamente quel diritto costituzionale contro il quale gli ordinamenti nazionali erigono i propri controlimiti, in qualche modo confermando, nella contrapposizione, la comunanza di natura.

Né il riconoscimento e lo studio del diritto costituzionale dell'Unione implica che si debba compiere una preliminare opzione di tipo assiologico corrispondente a quello che negli Stati Uniti è stato a suo tempo lo scontro tra un punto di vista *federalist* e un punto di vista di difesa degli *States' Rights*; e si potrebbe comunque osservare che anche negli Stati Uniti

di allora neppure il più convinto difensore della sovranità degli Stati membri avrebbe considerato questa una buona ragione per non occuparsi del diritto costituzionale federale.

4.2 La “*suità*” dell’ordinamento dell’Unione

Non è certo possibile in questa sede neppure tentare di delineare, da un punto di vista costituzionalistico, i caratteri dell’ordinamento dell’Unione europea rispetto a quello degli Stati membri. Ciò comporterebbe, come è stato giustamente osservato in questo stesso incontro (Cosulich), di entrare “nel mare magnum della forma di governo dell’Unione, smarrendosi così la specificità dell’analisi”.

Ora, senza questa maggiore ambizione, ma cercando ugualmente di tracciare qualche elemento di precisazione dei caratteri dello specifico ordinamento dell’Unione, mi sembra interessante riprendere da questo punto di vista alcuni punti fondamentali del parere della Corte di giustizia 2/2013, reso nel 2014, avente ad oggetto sostanziale le ragioni di incompatibilità della proposta adesione dell’Unione alla CEDU allora presentata con i caratteri identitari dell’Unione, e in particolare con quella che – riprendendo alcuni spunti della relazione di Cantaro e della discussione di Torre – si potrebbe chiamare la *suità* di tale ordinamento.

In una sintesi forse estrema ma credo non inesatta, si potrebbe dire che la ragione per la quale quel progetto di adesione risultava incompatibile con il diritto dell’Unione consiste nel fatto che esso veniva a contraddire il carattere esclusivamente interno delle relazioni tra Unione e Stati membri e tra Stati membri nelle materie. Il carattere esclusivamente interno, a sua volta, significa che nelle materie devolute all’Unione i rapporti reciproci tra Unione e Stati e tra Stati, sono disciplinati solo dal diritto dell’Unione.

In effetti, posta la premessa che “la circostanza che l’Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, determina delle conseguenze quanto alla procedura e ai presupposti per un’adesione alla CEDU” (punto 158), l’argomento cruciale è espresso come segue:

“Orbene, l’approccio adottato nell’ambito dell’accordo previsto, consistente nell’equiparare l’Unione ad uno Stato e nel riservare ad essa un ruolo del tutto identico a quello di qualsiasi altra Parte contraente, contravviene proprio alla natura intrinseca dell’Unione e, in particolare, omette di considerare il fatto che gli Stati membri, in virtù della loro appartenenza all’Unione, hanno accettato che i loro reciproci rapporti, relativamente alle materie costituenti l’oggetto del trasferimento di competenze dagli Stati membri all’Unione stessa, fossero disciplinati dal diritto di quest’ultima, con esclusione, se così prescritto da tale diritto, di qualsiasi altro diritto” (punto 193).

Il contrasto con la “natura intrinseca” dell’Unione – cioè con la sua costituzione, in quanto modo di essere costituito – trova il suo punto focale nel fatto che la proposta farebbe aderire l’Unione alla CEDU come se essa fosse uno Stato, accostandola dunque serialmente agli Stati membri, accanto ad essi. Ma l’Unione non può essere accostata serialmente agli Stati membri, perché essa, nelle materie devolute, non li affianca, ma li comprende rendendo “interni” i relativi rapporti: essa non è uno Stato accanto agli altri, ma l’entità-contenitore, che per quel fascio di rapporti si sostituisce agli altri nei rapporti esterni.

L’Unione è dunque disciplinata dal proprio diritto, ad esclusione di ogni altro. Precisamente, di quali altri? La risposta è esplicita nel punto 170, dove si sottolinea “l’autonomia di cui gode il diritto dell’Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale” (enfasi aggiunta), la quale “esige che l’interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell’ambito della struttura e degli obiettivi dell’Unione”. La Corte di giustizia rivendica la *suità* dell’ordinamento dell’Unione a fronte dei ventotto ordinamenti degli Stati membri a valle e dell’ordinamento internazionale a monte.

Al carattere puramente interno delle relazioni tra Unioni e Stati membri, nonché tra Stati membri, nell’ambito delle materie devolute all’Unione, si collega strettamente la competenza esclusiva della Corte di giustizia alla loro valutazione giuridica, come è espressamente ricordato al punto 210, ove si ribadisce che “l’articolo 344 TFUE mira precisamente a preservare il carattere esclusivo delle modalità di composizione di tali controversie all’interno dell’Unione, e segnatamente l’esclusività della competenza giurisdizionale della Corte al riguardo, ed osta dunque a qualsiasi controllo esterno antecedente o successivo”.

Si potrebbe dire, in sintesi, che se i principi sanciti dalle sentenze storiche come Van Gend & Loos e Simmenthal riguardano la testa dell’ordinamento dell’Unione, il parere 2/2013 ne riguarda maggiormente il corpo complessivo, assicurando che esso si muova esclusivamente sotto il controllo di un sistema nervoso suo proprio.

Può essere interessante notare, infine, che mentre se lo si guarda dal punto di vista della sovranità si può essere tentati di considerare l’Unione come un “qualcosa di meno” di uno Stato, nel parere della Corte di giustizia appare chiaramente che, dal punto di vista dell’ordinamento complessivo, l’assimilazione non può funzionare in quanto l’unione rappresenta, necessariamente, qualcosa in più.

4.3 Il difficile equilibrio degli ordinamenti composti

Mi sembra possa essere interessante considerare il passo che segue: “Noi riteniamo indiscutibile che [...] i popoli [...] siano divenuti Stati liberi e indipendenti, in possesso di un pieno diritto di autogoverno; e che nessun potere possa essere legalmente esercitato sui di essi se con attraverso il consenso e l’autorità dei loro rispettivi Stati, espresso o implicito. Noi inoltre riteniamo ugualmente indiscutibile che la Costituzione [...] costituisce un accordo tra i popoli dei diversi Stati, i quali costituiscono comunità libere, indipendenti e sovrane; che il governo che essa ha creato è stato formato e nominato per esercitare, conformemente alle

previsioni dello strumento, i poteri in esso concessi in qualità di agente comune dei diversi Stati; che tutti i suoi atti, che vadano oltre quei poteri, siano semplicemente e automaticamente nulli e privi di effetto, e che nel caso di simili infrazioni sia diritto degli Stati, nella loro capacità sovrana, ognuno operante per sé e per i suoi cittadini, nello stesso modo nel quale essi hanno adottato la Costituzione giudicare sul punto in ultima istanza e adottare le misure – non in contrasto con l'accordo – che essi ritengono opportune per impedire l'esecuzione dell'atto entro i loro rispettivi confini”.

Se in questo brano sostituissimo il riferimento alla Costituzione con quello ai Trattati fondativi dell'Unione europea, esso potrebbe apparire un'illustrazione sufficientemente appropriata dei rapporti tra essa e gli Stati membri, accompagnata da un'enunciazione abbastanza forte di una teoria coincidente nel risultato con quella dei “controlimiti”. Invece, si tratta di un passo del 1832, tratto dall'Address to the People of the United States di John Cadwell Calhoun, ben noto agli studiosi di storia costituzionale degli Stati Uniti, o di storia costituzionale in genere.

Senza dimenticare le troppo ovvie differenze – non ultima la circostanza che gli Stati Uniti sono nati attraverso la guerra combattuta da un esercito sin dall'inizio proprio dell'Unione – è innegabile la somiglianza tra la condizione attuale dell'Unione europea e il modo in cui non pochi americani vedevano il loro paese nei primi decenni dopo l'indipendenza, con la sovranità ultima sbilanciata verso gli Stati membri. Sappiamo che per quanto riguarda la natura degli Stati Uniti la questione è stata decisa militarmente con la guerra che ha impedito la secessione degli Stati del Sud, e che alla fine di essa la Corte suprema nella sentenza *Texas v. White* ha tradotto la soluzione militare in termini di diritto costituzionale affermando l'esclusiva rilevanza della Costituzione federale, affermando la continuità giuridica del relativo ordinamento, rigettando come “non atti” le decisioni sovrane degli Stati secessionisti e definitivamente qualificando l'unione degli Stati Uniti come indissolubile: “una indistruttibile Unione composta di indistruttibili Stati”.

Non certo a caso, invece, l'Unione europea riconosce il diritto di secessione nell'ormai celebre art. 50 del Trattato d'unione, sicché la differenza non potrebbe essere maggiore. Tuttavia, proprio le vicende della difficoltosa uscita del Regno Unito, nel loro presente svolgimento, mostrano che, giunti a questo grado di integrazione economica e istituzionale tra gli Stati membri, la secessione dall'Unione costituisce una vicenda molto complessa sia economicamente che legalmente.

Da una parte, infatti, non può non colpire la circostanza che perfino l'atto sovrano con cui il Regno Unito sta uscendo dall'Unione sia in realtà governato integralmente dal diritto dell'Unione, della quale esso, in quanto Stato membro e sino a che rimanga tale, rispetta in modo disciplinato le regole, comprese e in particolare quelle che governano l'uscita da essa: al punto che si direbbe che tale uscita avviene in forza del diritto dell'Unione più di quanto avvenga in forza di quello del Regno Unito.

Dall'altra, se è vero che tra Unione europea e Regno Unito non vi è alcuna “guerra di secessione”, ma soltanto una estenuante trattativa sui termini dell'uscita, una sorta di guerra di secessione, fortunatamente incruenta, si sta invece svolgendo all'interno del Regno Unito, ove una lotta aspra coinvolge non solo le singole persone e i loro orientamenti, ma le diverse

nazioni al suo interno, con esiti al momento imprevedibili: sicché a due anni dal referendum ancora non si sa né come alla fine sarà, né se davvero ci sarà, né – se davvero ci fosse – quali conseguenze essa avrebbe per l'unità del Regno Unito.

L'ordinamento dell'Unione, d'altronde, mantiene, nonostante la possibile uscita del Regno Unito, la propria identità costituzionale, nei termini dei quali si è sopra cercato di tracciare qualche elemento.

In definitiva, nonostante le sue criticità, e la sua natura di libera unione tra Stati membri che rimangono da ultimo sovrani, l'Unione europea appare, nel momento attuale, assai meno fragile e precaria di quanto possa superficialmente sembrare.