

CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2017

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Consulta OnLine - Sezione "Studi"

Rivista telematica quadrimestrale - ISSN 1971-9892

DIREZIONE

Pasquale Costanzo

COMITATO EDITORIALE

Lara Trucco (Capo Redazione)

Francesca Bailo

COMITATO SCIENTIFICO

Gaetano Azzariti

Sergio Bartole

Roberto Bin

Beniamino Caravita di Toritto

Paolo Caretti

Lorenza Carlassare

Augusto Cerri

Pasquale Costanzo

Antonio D'Atena

Giuseppe De Vergottini

Mario Dogliani

Luca Mezzetti

Franco Modugno

Valerio Onida

Alessandro Pace

Cesare Pinelli

Giovanni Pitruzzella

Alessandro Pizzorusso

Giuseppe Ugo Rescigno

Roberto Romboli

Antonio Ruggeri

Federico Sorrentino

Testata registrata presso il Tribunale di Chiavari (5/07)

Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova

Info e contatti: Pasquale.Costanzo@unige.it

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

STEFANO AGOSTA – Professore associato in diritto costituzionale nell'Università di Messina

LINDA ARDIZZONE – Dottoranda di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche nell'Università degli studi di Enna "Kore"

FRANCESCA BAILO – Dottore di ricerca in "metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi" presso l'Università di Genova

STEFANIA CANTISANI – Coltrice di diritto costituzionale nell'Università di Pisa

MARTA CAREDDA – Dottoranda di ricerca in diritto costituzionale nell'Università Roma Tre

AGATINO CARIOLA – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Catania

ALFONSO CELOTTO – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università Roma Tre

ROBERTO CONTI – Consigliere presso la Corte di Cassazione

LUCA COSTANZO – Dottorando di ricerca in diritto pubblico dell'economia nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

PASQUALE COSTANZO – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Genova

GIACOMO D'AMICO – Professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Messina

MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA – Dottore di ricerca in "Autonomia individuale e autonomia collettiva" nell'Università di Roma – Tor Vergata

ROBERTO DI MARIA – Professore ordinario in diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

ERIK FURNO – Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università Federico II di Napoli

LUCA GRIMALDI – Stagista del Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale della Repubblica italiana

EMMA A. IMPARATO – Ricercatrice di diritto pubblico comparato nell'Università "L'Orientale" di Napoli

ANDREA LOLLO – Assegnista di ricerca nell'Università Magna Graecia di Catanzaro

GABRIELLA LUCCIOLI – Consigliere presso la Corte di Cassazione

GIACOMO MANNOCCI – Dottorando di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Genova

MARTINA MARIA MININCLERI – ***

ROBERTO PERRONE – Assegnista di ricerca in istituzioni di diritto pubblico nell'Università dell'Insubria

OTTO PFERSMANN – Professore nell'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Établissement

d'enseignement supérieur à Paris, France

GIOVANNI PICCIRILLI – Ricercatore in diritto costituzionale nell'Università LUISS Guido Carli

ALBERTO RANDAZZO – Ricercatore a.t.d. in diritto costituzionale nell'Università di Messina

ALESSIO RAUTI – Ricercatore confermato di diritto costituzionale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

ILARIA RIVERA – Assegnista di ricerca in Juridical Sciences nell'Università LUISS Guido Carli

ANTONIO RUGGERI – Professore di diritto costituzionale nell'Università di Messina

CARMELA SALAZAR – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

FEDERICO SORRENTINO – Dottoranda in Diritto dell'Economia e tutela delle situazioni soggettive, XXIX ciclo, Università degli studi di Napoli Federico II

PIERLUIGI TOMAIUOLI – Magistrato amministrativo e assistente di studio presso la Corte costituzionale

LARA TRUCCO – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Genova

VANNONI GAIA VANNONI – Dottoranda di ricerca *** nell'Università Bicocca di Milano

INDICE

2017

Note di presentazione

ANNIVERSARI

Alle origini del Canada contemporaneo	I
La ventesima stella	V
L'ultimo colpo d'ali dell'imperial regio governo	XII

PARTE I

STUDI

PIER LUIGI TOMAIUOLI	1
L'insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione e il suo mutamento successivo (nota a Corte costituzionale n. 92 del 2016)	
EMMA A. IMPARATO	9
La Consulta alla prova dell'<i>Italicum</i>: la via dell'autorimessione	
LINDA ARDIZZONE E ROBERTO DI MARIA	22
L'ordinanza 149 del 2016 della Corte costituzionale: un'occasione (mancata) per ripensare la struttura processuale – ed indi, la funzione – del giudizio per conflitto di attribuzioni fra Poteri dello Stato?	
GIACOMO D'AMICO	33
Sulla nozione di "estraneità al contesto normativo" della disposizione di risulta. Una riflessione "preventiva" sull'(in)ammissibilità del <i>referendum</i> sul c.d. <i>Jobs Act</i>	
ALBERTO RANDAZZO	41
La rappresentanza delle Regioni e l'insufficienza dei tradizionali organismi di concertazione (in particolare, la Conferenza Stato-Regioni e il Comitato delle Regioni). Prime osservazioni	

STEFANIA CANTISANI	54
Luci e ombre nella sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016 (e nella connessa sentenza n. 52) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza	
ANTONIO RUGGERI	81
Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)	
MARTA CAREDDA	89
Ragionevoli disuguaglianze e riserva di legge	
FRANCESCA BAILO	95
Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco	
ERIK FURNO	105
Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili	
GIOVANNI PICCIRILLI	125
L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)	
ANTONIO RUGGERI – CARMELA SALAZAR	138
«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone	
LARA TRUCCO	149
“Sentenza <i>Italicum</i>”: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere	
ALFONSO CELOTTO	175
La Cassazione inopinatamente non applica il taglia-leggi (in margine a sent. n. 7976 del 2016)	
LUCA GRIMALDI	178
Quali spazi per la legislazione regionale nella disciplina degli interventi di “manutenzione” degli immobili? (a margine di Corte cost. sent. n. 231/16)	
OTTO PFERSMANN	192
«<i>Marine Le Pen programme le coup d'Etat</i>»	
ILARIA RIVERA	194
Il referendum del 23 giugno 2016 e la Brexit: possibili scenari evolutivi nel processo di integrazione europea	

ALESSIO RAUTI La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali	216
ANTONIO RUGGERI Per un nuovo Statuto della Regione siciliana	253
GAIA VANNONI L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione	298
ANTONIO RUGGERI La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale (a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017)	310
MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA L'amicizia virtuale su <i>Facebook</i> e il reale conflitto di interessi (a margine di TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, sent. 3 maggio 2017, n. 281)	317
GABRIELLA LUCCIOLI Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. <i>La maternità surrogata</i>	325
ROBERTO CONTI L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017	333
GIACOMO MANNOCCI Legittima difesa privata e difesa legale pubblica (a margine di Corte costituzionale sent. n. 81 del 2017)	345
ROBERTO DI MARIA La Regione siciliana davanti alla Corte: lo scrutinio "sistematico" di legittimità costituzionale e la "arte" di ricorrere e resistere in giudizio (brevi note a Corte cost., sentt. n. 133 e n. 140/2017)	353
ANTONIO RUGGERI I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza	364
STEFANO AGOSTA Il legislatore ed il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale	380
ROBERTO PERRONE Il Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e «conformazione ai valori del mondo occidentale» (nota a Cass. pen., Sez. I, sent. 15 maggio 2017, n. 24084)	394

ANTONIO RUGGERI Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali: simul stabunt vel simul cadent	409
MARTINA MARIA MININCLERI Il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali, tra ruolo “legislativo” della Consulta, “moniti” al Parlamento ed ipotesi di introduzione del controllo preventivo	419
AGATINO CARIOLA Le trasformazioni istituzionali a sessant’anni dai trattati di Roma: la giustizia, in specie quella costituzionale	429
ANTONIO RUGGERI Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio	445
ALBERTO RANDAZZO A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)	460
ANDREA LOLLO Blasfemia, libertà di espressione e tutela del sentimento religioso	474
ANTONIO RUGGERI L’indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale	490
LUCA COSTANZO La prescrizione giusta: nodi e questioni del caso Taricco	504

PARTE II

LIBRI E RECENSIONI

FEDERICO SORRENTINO Recensione a Aa.Vv., La prova del NO. Il sistema politico italiano dopo il referendum costituzionale, a cura di Andrea Pritoni, Marco Valbruzzi e Rinaldo Vignati. Rubettino ed. Soveria Mannelli, 2016, pp. 198; ISBN: 9788849850611	1
--	----------

PARTE III

CRONACHE

CRONACHE DALLA CORTE	1
CRONACHE DALLE ISTITUZIONI	3

Note di presentazione

Nel licenziare anche quest'anno la versione completa in formato elettronico della Rivista, rileviamo come sia stata mantenuta la "cifra" scientifica della pubblicazione, che è quella di mettere a confronto indirettamente sperimentati Maestri della disciplina e giovani studiosi valutati positivamente.

Quanto ai temi, anche il volume che si presenta è attento a registrare le problematiche giuspubblicistiche più vive ed attuali, specie quelle filtrate dal Giudice delle leggi.

Del resto, è anche in questa sorta di accompagnamento della giurisprudenza costituzionale che si riscontra una delle vocazioni della Rivista, che, anzi, risulta tra le più apprezzate dalle migliaia di lettori che hanno la bontà di seguirne il percorso quasi quotidianamente.

Ad essi, come sempre ed assai volentieri va il più sentito ringraziamento.

+ + + + +

Il 2017, per una serie di circostanze cronologiche, si è contraddistinto anche per un arricchimento della nuova Rubrica Anniversari che, quindi, si è collocata tra gli strumenti per riannodare il presente alla memoria costituzionalistica da cui continuiamo a trarre feconda ispirazione.

ANNIVERSARI

*Anniversario****1° LUGLIO 1867- 1° LUGLIO 2017, un eccezionale Canada Day a
150 anni dalla prima “Costituzione federale”***

1. A mezzogiorno del primo luglio di centocinquant'anni fa entrava in vigore, dopo essere stato approvato dal Parlamento di Londra, il [British North America Act](#) (1867, 30-31 Victoria, c. 3 - U.K.).

Prendeva così vita il Dominion of Canada, ossia una “confederazione” tra enti territoriali (Provinces) improntata ad una forma di governo parlamentare assai prossima a quella della madre patria britannica.

Queste caratteristiche erano, del resto, chiaramente esplicitate dal Preambolo del [BNA Act](#), che ci si accinge qui a rievocare: “the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”.

Una tale dichiarazione testimoniava, inoltre, della consapevolezza che il [BNA Act](#), pur coincidendo con una legge del Parlamento di Westminster, costituiva nella sostanza una vera e propria Costituzione per il Paese nordamericano. Risultò, infatti, subito chiaro come si ambisse a riflettere in un testo scritto regole costituzionali di governo riconoscibili sul territorio metropolitano in forme perlopiù consuetudinarie (anche se solo più di recente si sarebbe proceduto ad ufficializzarne la qualifica di legge costituzionale col [Canada Act](#) del 1982, in una con la conquista della sovranità piena).

Guardando, per altro verso, al passato, la nuova “Costituzione” recava visibilmente in sé i segni di vicende complesse e distese nel tempo, almeno da quando, dopo la fase coloniale francese, il [Trattato di Parigi](#) era venuto, alla fine della guerra dei Sette Anni, a sancire il passaggio pressoché totale sotto la sovranità inglese della Nouvelle France (1763).

Con l'istituzione, in seguito, di un'assemblea elettiva autoctona e di un governatore nominato dalla Corona alla guida del Paese (1832), e con la consacrazione, poco più tardi, del principio della responsabilità del governo nei confronti della maggioranza parlamentare (sia pure al prezzo dell'incendio del Parlamento di Montreal a seguito della firma nel 1849 del cd. [Rebel Indemnity Bill](#) da parte di lord Elgin), sarebbero state quindi poste le premesse dell'assetto costituzionale del 1867.

Di questo passato restava peraltro ben discernibile nella nuova “Costituzione” anche il forte ruolo della componente francofona (pur se, al tempo, ormai superata numericamente da quella anglofona). Proprio la frattura linguistica, religiosa e

culturale tra le due Province del Québec francese e dell'Ontario inglese stava infatti all'origine della soluzione confederale. Del resto, lungi dall'affievolire questa risalente differenziazione, la situazione politica precedente al [BNA Act](#) l'aveva, per così dire, rilanciata a causa del sostanziale insuccesso dell'[Act of Union](#) del 1840, concepito anche allo scopo di far prevalere definitivamente la tendenza assimilatrice della componente francese da parte di quella inglese. Senza voler certamente trascurare anche altri importanti passaggi istituzionali, la spinta "federativa" (usando qui l'aggettivazione poi invalsa) aveva ricevuto, infatti, nuova linfa dalla torsione senza resistenze della prassi istituzionale in senso "quasi federativo", che affidava in esclusiva alla componente linguistica interessata la disciplina degli affari più pertinenti alla propria identità politico-culturale: in difformità, è vero, dalla lettera e dallo spirito dell'[Act of Union](#), ma in senso più consentaneo alla convivenza tra etnie.

Ad una simile demarcazione materiale si ispirò, del resto, la distribuzione tra il centro e la periferia delle competenze legislative effettuata dal [BNA Act](#) (artt. 91-95), che assegnava, in particolare, ai parlamenti provinciali la regolamentazione della proprietà, dei diritti civili, dell'istruzione, dell'organizzazione municipale, della celebrazione dei matrimoni, dei tributi e dei lavori d'interesse locale. Con la fondamentale differenza, però, rispetto all'esperienza federale dei confinanti States, data dal fatto che la Costituzione canadese affidava al potere federale le competenze eccedenti quelle enumerate delle Province (art. 91).

Alla base della soluzione "federale", intesa a riunire entità territoriali che, fino ad allora, avevano vissuto come soggetti distinti ed autonomi (si è appena detto dello scarso rendimento dell'[Act of Union](#) tra Ontario e Québec), giocarono, però, anche fattori esterni di carattere cautelativo, sia sul piano economico, dato che aveva ormai preso piede nella madrepatria, insieme alla fine del protezionismo coloniale, il libero scambio commerciale, sia su quello difensivo, a causa delle forti tensioni suscitate dall'esito della guerra di Secessione negli Stati Uniti. In quest'ultima prospettiva, l'[Act](#) qui ricordato sembrava infatti anche voler parare il rischio che la vittoria militare degli Stati nordisti potesse spingere per l'annessione dei territori ancora rimasti sotto il giogo degli inglesi. Gli avvenimenti successivi si incaricheranno di smentire questa temuta ipotesi: anzi, sortite ostili al Canada saranno contrastate senza esitazioni da Washington; mentre sembra ormai anche revocato in dubbio che l'annessione del Canada avesse potuto costituire il reale obiettivo nella guerra degli USA contro la Gran Bretagna del 1812. Venne dunque mantenuto un rapporto di buon vicinato che la scelta stessa del nome di Dominion da parte della nuova entità politica canadese ebbe a cuore di non turbare ("the name 'would wound the sensibilities of the Yankees'. So instead of a kingdom, Canada was to be a 'dominion'").

2. Anche l'organizzazione parlamentare risultò abbastanza peculiare, incrociando la composizione tipica di un moderno Stato federale con quella tradizionale del sistema inglese. Essa risultò, infatti, imperniata su due Camere: quella dei Comuni (con seggi elettivi attribuiti in proporzione alla popolazione delle singole Province dell'Ontario, del Québec, della Nuova Scozia e del Nuovo-Brunswick), e quella del Senato (in cui tre entità territoriali, Ontario, Québec e Province marittime, comprendenti la Nuova Scozia ed il Nuovo-Brunswick, comparivano con lo stesso numero di membri nominati a vita con decreto reale), laddove la fondamentale funzione legislativa ne uscì conformata sul modello della Queen-in-Parliament, essendovi associata anche la Regina con il proprio potere di sanzione.

Accennando ora alla strutturazione costituzionale della forma di governo, il [BNA Act](#) configurò l'ordinamento canadese come una monarchia costituzionale, colta, però, già nella sua fase evolutiva di tenore parlamentare, per cui ogni atto emanato dal Governatore generale in nome del Sovrano sarebbe stato in realtà ascrivibile nella sostanza alla volontà del Primo Ministro e del Governo (art. 12), di cui facevano parte parlamentari tratti dalle file della maggioranza politica. Sicché vi si consolidò la regola della responsabilità politica del Governo davanti ai Comuni (già acquisita, del resto, come accennato in precedenza, al tempo di lord Elgin).

La forma di governo risultava, dunque, un precipitato della dominazione britannica, secondo il modello che sarà più tardi denominato Westminster; né la circostanza sorprende visto che anche le altre convenzioni costituzionali della madre patria, insieme alla Common Law di derivazione giudiziaria, ebbero a confluire nella Costituzione canadese intesa nel suo significato più ampio ed esaustivo.

Questa osservazione vale anche per quanto riguarda il principio della separazione dei poteri, benché esso nel [BNA Act](#) non si stagliasse visibile come nella Costituzione americana (vi era però inequivocamente garantita l'inamovibilità dei giudici superiori: art. 99). D'altro canto, non sarebbe stato proprio di un sistema parlamentare un'affermazione radicale in tal senso, prevalendovi la tendenza ad un bilanciamento dei poteri stessi attraverso moduli collaborativi (è la formula della fusion of powers coniata proprio per la Gran Bretagna vittoriana da Walter Bagehot).

Comunque sia, l'organizzazione della giurisdizione fu plasmata dal [BNA Act](#) prevalentemente su quella preesistente in ciascuna delle province, prevedendosene, però, la possibilità di un riassetto (art. 101) basato sull'istituzione a livello federale di Corti di appello e di una Corte Suprema. Quest'ultima verrà istituita nel 1875, ma stenterà a decollare, riuscendo ad assumere il ruolo pregnante della sua omologa statunitense solo assai più tardi a seguito della cessazione, nel 1949, delle funzioni nell'ambito dell'ordinamento canadese del Judicial Committee of the Privy Council di Londra).

3. Sono parecchi gli altri punti di rilievo che la brevità di questo ricordo costringe a trascurare: tuttavia, per concludere, non si può omettere un accenno innanzi tutto alla consistenza dei diritti personali, per i quali la scarsità di riferimenti ha originato nei confronti del [BNA Act](#) la definizione di uno “small bill of rights”. Nella “Costituzione” nel 1867, compaiono, infatti, solo poche pertinenti disposizioni relative ai diritti elettorali politici (art. 41) e ai diritti scolastici (art. 93), insieme a previsioni implicanti il diritto di proprietà (art. 23) ed il libero transito delle merci (art. 121). Una menzione a parte merita l’art. 133 dedicato al bilinguismo in cui ancora una volta ebbe a riflettersi nell’Act la caratteristica binazionale del Canada, pur con le incertezze e le ambiguità derivanti sia dalla novità del caso (solo la Svizzera presentava nel 1867 una situazione simile), sia dalla predominanza anglofona, che, dalla regola del bilinguismo nell’assetto costituzionale dello Stato, riuscì a lasciar fuori non casualmente l’organizzazione del potere esecutivo.

Ciò, tuttavia, non autorizza a pensare che i canadesi siano rimasti privi per lungo tempo di fondamentali tutele, dal momento che specie le corti ebbero un ruolo decisivo nell’accreditare la vigenza di un catalogo implicito di diritti, basandosi particolarmente sul tenore del brano costituzionale riportato all’inizio, laddove è messa in risalto la conformità dell’ordinamento canadese a quello della madre patria britannica. Per il resto, il Canada arriverà a dotarsi di documenti propri in questo delicato settore solo dopo la metà del secolo scorso: dapprima con il parsimonioso Canadian Bill of Rights del 1960 e, quindi, anche a seguito della relativa ineffettività di quest’ultimo, con la Canadian Charter of Rights and Freedoms ricompresa nel [Canada Act](#) del 1982, transitando nel 1977 per il Canadian Human Rights Act specificamente dedicato a combattere ogni sorta di discriminazione.

Il secondo ed ultimo punto da considerare riguarda il regime giuridico dello stesso [BNA Act](#), dal momento che non vi fu inserita alcuna previsione intesa a disciplinarne la modificazione da parte canadese, intendendosi così evidentemente sottolineare come il relativo potere restasse esclusivo appannaggio della fonte legislativa britannica. La successiva vicenda politico-costituzionale sarà, del resto, costretta a tenerne conto fino al già ricordato [Canada Act](#) del 1982, con cui, dopo oltre un secolo di avvenimenti anche assai critici, verrà trasferito finalmente al Paese nordamericano anche il supremo potere costituente detenuto fino ad allora dal Parlamento di Londra. Si è trattato, com’è noto, della cd. Patriation della Costituzione, di cui non sembra abbastanza espressiva la corrente traduzione con “rimpatrio” (la Costituzione canadese non è mai “espatriata” e, d’altro canto, vi sarebbe stato alla bisogna il termine “repatriation”), parendo preferibile quella (è vero, abbastanza inusitata) di “patrificazione”, poiché allude invece all’attività di rendere “padre”: nel nostro caso, l’ordinamento canadese rispetto alla sua Costituzione. Ma questa, tutto sommato, è storia recente, anche se tutto si deve a quel giorno dell’estate di centocinquanta anni fa.

(p.c.)

Anniversario

15 agosto 1817 – 15 agosto 2017 - La ventesima stella. Ricordare una Costituzione schiavista?

1. Fu a far data dal 1° marzo 1817, da quando cioè James Madison, il quarto presidente americano, firmò l'[Act](#) che consentiva agli abitanti della parte occidentale del territorio del Mississippi di darsi una Costituzione per formare un nuovo Stato candidato a far parte dell'Unione, fino alla deliberazione del Congresso, che alla relativa domanda diede seguito (un nuovo presidente, James Monroe, emanò il 10 dicembre 1817 il relativo [provvedimento](#)), che, passando per l'approvazione, il 15 agosto 1817, della nuova [Costituzione](#), si dipanò la vicenda che condusse alla fissazione della ventesima stella sulla bandiera americana.

Ed è appunto su questa data che ci si intende qui brevemente soffermare, rievocando le peculiarità dell'avvenimento a cominciare dalla creazione ex nihilo di un'entità politica dotata della massima autonomia, benché destinata ab origine ad adattarsi ai principi della [Costituzione federale](#) e a condividere su un piede di parità i destini con i preesistenti Stati, pur diversi per tradizioni storico-giuridiche (anzi, per questo aspetto, è nota nella fattispecie l'improprietà o l'ambiguità, forse mai completamente risolta, della denominazione di Stato, se valutata in base alla dottrina classica che vi individua un ente ontologicamente sovrano).

Ma non è tanto su questo profilo teorico che si mira qui portare l'attenzione dei lettori interessati, ma su quello collegato all'approvazione di un nuovo testo costituzionale, a cui si giunse, in quell'estate di duecento anni fa, dopo poco più di un mese di lavori preparatori, a Washington dove una convenzione elettiva di 48 delegati incaricata dell'importante compito si era adunata il precedente 7 luglio. Sebbene, anche qui, potrebbero essere avanzate preliminari riserve sulla portata compiutamente costituzionale della deliberazione adottata.

Ma, è, del resto, lo stesso Preambolo della nuova [Costituzione](#) ad individuare nell'[Act](#) del 1° marzo la sua immediata base fondativa, riportandone innanzi tutto testualmente le coordinate geografiche per quanto riguarda la consistenza territoriale del nuovo Stato (con un altro [Act](#) del 3 marzo, la restante parte del territorio del Mississippi era andata a formare il nuovo Territorio dell'Alabama). Sotto questo aspetto, infatti, il territorio rappresenta uno dei "formanti" fondamentali di qualunque entità politica, idoneo nel contempo a ragguagliare circa l'identità dell'elemento popolare che ad esso "appartiene". Dal punto di vista dell'identità dello Stato in questione, tuttavia, era già chiara una nozione ristretta di popolo del Mississippi, come quello formato dal novero dei residenti giuridicamente rappresentati dagli stessi

delegati convenzionali (We, the Representatives of the people inhabiting the western part of the Mississippi Territory).

Anche sul piano dei fini, l'[Act](#) aveva già dettato le essenziali linee direttive secondo cui avrebbe dovuto muoversi la nuova Costituzione in quanto destinata “to secure to the citizens thereof the rights of life, liberty and property”. Malauguratamente, il tempo successivo s’incaricherà, talvolta anche tragicamente, di evidenziare come tali principi liberali liberale sarebbero stati “stornati” a favore soltanto di uno specifico ceto di americani. E ciò, almeno formalmente, fino a tempi recenti, avendo il Mississippi ratificato per ultimo (1995), tra gli Stati esistenti al tempo della sua approvazione (1865), il [XIII Emendamento](#) soppressivo della schiavitù (adempimento, per di più, notificato per non meglio precisati disguidi ... solo il 30 gennaio 2013 all’Office of the Federal Register).

2. Alla celerità dei lavori della Convenzione del 1817, si sarebbe, però, in certo modo potuto contrapporre l’ampiezza del tempo occorso per preparare, per così dire, contenuti e forma della futura Costituzione. Un periodo il cui inizio sopravanza la stessa entrata in vigore della [Costituzione federale](#), dato che, a sua volta, l’[Act](#) autorizzatorio del 1° marzo non su quella rinveniva il suo fondamento, ma costituiva attuazione dello speciale [Act for Government of the Southwest Territory](#) del 26 maggio 1790, a sua volta coniato sulla precedente [Ordinance for the Government of the Territory of the United States North West of the River Ohio](#), adottata dal Congresso della Confederazione il 13 luglio 1787, almeno nel senso di rendere applicabili le previsioni di quest’ultima, “except so far as is otherwise provided in the conditions expressed in an Act of Congress of the present session, entitled, ‘An Act to accept a cession of the claims of the State of North Carolina, to a certain district of western territory’” (vale a dire, soprattutto la conservazione della schiavitù).

Comunque, a tenore, della [Northwest Ordinance](#), per potersi dare luogo in un Territorio ad una nuova entità statale, avrebbe dovuto essere accertata la sopravvenienza in esso di una consistenza demografica di almeno 60.000 abitanti “liberi”, salvo diversa decisione del Congresso. Un obiettivo, questo, raggiunto poi solo verso la fine del turbolento ventennio che separa la data qui ricordata dalla primigenia istituzione del Territorio del Mississippi da parte del Congresso americano nel 1798.

Ma, se ancora il censimento del 1810 aveva rilevato in una misura inferiore a quella prescritta il numero degli abitanti (circa 30.000), nei sette anni successivi, soprattutto lo scoppio e gli esiti della guerra angloamericana del 1812-1814 (cd. Seconda guerra d’indipendenza) resero il Mississippi il polo di attrazione di una variegata umanità, che colà si recava con ogni mezzo attratta dal sogno di miglioramenti economici, magari

a spese degli indiani nativi Creek destinati, tra l'altro, ad essere ricacciati militarmente verso i confini occidentali. Si trattò della cd. "Mississippi Fever" ...fino alla colonizzazione europea Choctaws, dei Chickasaws e dei Natchez, tutte più o meno appartenenti alla nazione Creek. Dopo la prima esplorazione spagnola (1539-1542), gli esiti delle guerre e degli eventi diplomatici europei avevano segnato, invece, i destini del territorio: dapprima, con la dominazione dei francesi, prolungatasi dai primi insediamenti coloniali dell'ultimo scorcio del '600 fino al [Trattato di Parigi del 1763](#); successivamente, degli inglesi, fino al nuovo [Trattato di Parigi del 1783](#), che, a seguito dell'aiuto portato dalla Monarchia iberica ai rivoluzionari americani, vede la cessione inglese del Mississippi agli spagnoli. Fino al 1798, allorché il 7 aprile la regione cadde secondo il diritto internazionale sotto la sovranità statunitense. Tappa, quest'ultima tappa, conseguita col [Trattato stipulato tra Spagna e Stati Uniti a San Lorenzo de El Escorial](#) il 27 ottobre 1795 al fine di rafforzare le relazioni di amicizia tra i due Paesi e di garantire ad entrambe le parti i diritti di navigazione nel fiume Mississippi per un più vantaggioso commercio del cotone. In quell'occasione, infatti, la frontiera venne fissata tenendosi conto della rinuncia, da parte della Spagna a favore degli Stati Uniti, del territorio qui riguardato.

3. L'attribuzione al Mississippi dello status di Territorio aveva dunque posto le premesse per l'applicabilità ad esso delle previsioni della [Northwest Ordinance](#), su cui vale forse la pena di ritornare per qualche istante.

Il testo in questione di sicura portata costituzionale e probabilmente il risultato più cospicuo, a parte la [Costituzione federale](#), della Confederazione, era venuto a sostituire il 13 luglio 1787, aggiornandola, la precedente analoga [Ordinance](#) del 23 aprile 1784 con lo scopo di regolare il regime di governo dei territori extrastatali e di guidarne la loro eventuale trasformazione in nuovi Stati (anche una terza [Land Ordinance](#) di argomento connesso era vigente dal 20 maggio 1785).

Sotto questo aspetto, si prevedeva che ognuno dei distretti, in cui i Territori avrebbero dovuto essere divisi, fosse sottoposto ad un Governatore nominato dal Congresso per una durata triennale, affiancato da un Segretario, anch'egli di nomina congressuale ma di durata quadriennale, col compito di conservare tutti gli atti di governo e di trasmetterne copia al Congresso ogni sei mesi. In sostanza, mentre il primo esprimeva la suprema autorità civile e militare, il secondo costituiva una sorta di longa manus del governo centrale nel distretto. Una terna di giudici costituiva infine l'ossatura del potere giurisdizionale nel distretto. situazione sarebbe però mutata non appena si fosse attinta la soglia di 5000 abitanti, soprattutto col passaggio delle competenze organizzative ad un'assemblea elettiva di durata biennale. Ma anche questa era una situazione transitorio: si è infatti già accennato alle condizioni ulteriori alle quali si sarebbe potuti approdare all'erezione di un nuovo, vero e proprio, Stato.

Senza entrare qui in ulteriori dettagli, non si possono però omettere di ricordare altri aspetti dell'[Ordinance](#) meno legati ai problemi funzionali della transizione costituzionale, quali, nell'ottica liberale, le previsioni per cui "no person, demeaning himself in a peaceable and orderly manner, shall ever be molested on account of his mode of worship or religious sentiments, in the said territory; e "The inhabitants of the said territory shall always be entitled to the benefits of the writ of habeas corpus, and of the trial by jury; of a proportionate representation of the people in the legislature; and of judicial proceedings according to the course of the common law", o ancora la previsione già di intonazione sociale per cui "Religion, morality, and knowledge, being necessary to good government and the happiness of mankind, schools and the means of education shall forever be encouraged". Materia, questa, squisitamente costituzionale, che anticipa in maniera certa il tenore del [Bill of Right](#) del 1791. Di non minor rilievo, appaiono le garanzie promesse agli Indiani circa l'integrità dei loro diritti e delle loro proprietà, e, particolarmente, il divieto della schiavitù e di qualsiasi condizione servile involontaria nei territori riguardati: clausole queste, come già detto, non valide per il costituendo Stato del Mississippi, anche la stessa [Northwest Ordinance](#) non aveva mancato, già essa, di peccare di ambiguità, occupandosi di regolare la fattispecie dello schiavo fuggitivo da doversi restituire a chi legittimamente lo rivendichi.

4. Certo, l'[Act](#) del 1° marzo 1817 sembrava aver richiamato l'attenzione della futura Convenzione costituente sul patrimonio di valori già espresso dall'[Ordinance](#). Ma l'appello, per come andarono, le cose, cadde nel vuoto.

La rapidità, anzi, con cui la nuova Costituzione venne allestita nei locali della chiesa metodista situata a ridosso del Jefferson College di Washington potrebbe probabilmente spiegarsi con un quadro ormai stabile di diverse e radicate convinzioni comune a tutti i delegati che concorsero alla sua formazione.

Comunque sia, l'elezione dell'assemblea fu organizzata da David Holmes, nominato (e destinato ad essere l'ultimo) governatore del Territorio del Mississippi nel 1808. Lo stesso Holmes guidò i lavori costituenti, mentre Louis Winston, un brillante avvocato, poi divenuto giudice della Corte Suprema del Mississippi, ne fu il segretario. È opinione diffusa, però, che l'anima della Convenzione sia stata rappresentata da George Poindexter, anch'egli un rinomato avvocato, posto alla presidenza della più ristretta commissione di venti delegati convenzionali incaricati da subito di elaborare il progetto da sottoporre al plenum dell'assemblea. Il testo finale ottenne il consenso di 45 dei 48 delegati; uno solo non volle sottoscriverlo, mentre l'assenza dei restanti due delegati si dovette alla malattia dell'uno e alla morte dell'altro. I modi, inoltre, previsti per suoi possibili cambiamenti stavano anche a denotare il carattere assolutamente rigido del documento.

Dal punto di vista organizzativo, non inaspettatamente l'imprinting generale della [Costituzione del Mississippi del 1817](#) risente indubbiamente della [Costituzione federale](#) che, in quel frangente, vanta ormai un trentennio circa di vigenza. Le maggiori differenze si rinvencono, infatti, in certe clausole di portata politico-assiologica. Non c'è modo qui ovviamente di condurre approfondimenti di questo genere: basti dire che, sotto il primo aspetto, la Costituzione del nuovo Stato adottò l'andamento ternario del [testo di Filadelfia](#) in relazione all'organizzazione dei tre classici poteri dello Stato, incardinati, quello esecutivo, in un Governatore eletto a suffragio popolare diretto per un biennio (replicandosi così il modello presidenziale federale), salva l'ipotesi in cui l'Assemblea generale fosse stata chiamata a decidere su un risultato di parità; quello legislativo, in un Parlamento bicamerale parimenti elettivo e un'Assemblea Generale risultante dalla riunione congiunta delle due Camere; il potere giudiziario, in un'organizzazione di corti superiori ed inferiori facente capo ad una Corte Suprema e composte di magistrati nominati dall'Assemblea generale.

Assai simile a quello previsto a livello federale era anche il procedimento legislativo, che avrebbe dovuto tener conto dell'approvazione di entrambe le Camere sul medesimo testo e dell'intervento promulgativo del Governatore, cui sarebbe stato però possibile per una volta rinviare il testo, ma essendo obbligato a promulgarlo se riapprovato con i due terzi dei membri di ciascun ramo del parlamento. Salvo il caso, anche qui, di pocket veto, talché se un progetto fosse stato trasmesso al Governatore meno di sei giorni prima della chiusura della sessione parlamentare, la mancata promulgazione avrebbe avuto l'effetto di costringere le Camere a riprendere da capo l'esame del progetto nella successiva sessione.

Tuttavia, e qui sta una prima essenziale differenza, l'elettorato attivo veniva riservato ad ogni soggetto libero, maschio e bianco, che avesse soggiornato nello Stato da un anno prima dell'elezione e da sei mesi nella contea o nella città in cui intendesse votare, arruolato nella milizia salvo esenzione, e contribuente nello Stato o a livello locale. Quello passivo, inoltre, veniva concesso per il Parlamento solo a condizione di essere proprietari di centocinquanta acri di terra per la Camera bassa (e il doppio per il Senato) o beni del valore reale di cinquecento dollari per la Camera bassa (e il doppio per il Senato) da sei mesi prima dell'elezione. Un ulteriore raddoppio era previsto per concorrere alla carica di Governatore.

Anche il catalogo dei diritti era assai nutrito, riflettendo quelli garantiti dagli [Bill of Rights federale](#) (una peculiarità che val la pena di rimarcare è il ruolo - che non verrà più smarrito - di primo piano attribuito dalla Costituzione al sistema d'istruzione, malgrado il segregazionismo), ma, come nel precedente esempio elettorale, vi risaltavano vistosamente discriminazioni quanto alla loro titolarità: tra soggetti liberi e schiavi, tra bianchi e altri ceppi razziali, tra uomini e donne. Ciò che andava ad incrementare le già viste diseguaglianze di carattere economico. Sicché

nella sostanza solo every free white male person avrebbe potuto reclamare per sé la dotazione piena di diritti costituzionali.

Sul punto cruciale della schiavitù, in particolare, la [Costituzione del Mississippi](#) prendeva esplicitamente posizione collocando la volontà dei “proprietari” degli schiavi al di sopra dello stesso legislatore che avesse voluto operare una politica di generale affrancamento senza il loro consenso (salvo situazioni meritorie per le quali veniva garantito un risarcimento ai proprietari interessati). Altre previsioni circa la “movimentazione” degli schiavi dentro e fuori dallo Stato, indipendentemente dai fini specifici, mostravano anch’esse che lo sciagurato fenomeno non solo era dato per presupposto, ma che la sua rilevanza socioeconomica esigeva una dettagliata regolamentazione costituzionale senza indurre imbarazzi o rimorsi (restando nel contempo marginale qualche respicenza umanitaria come il diritto degli schiavi ad un giudizio imparziale davanti ad un giurì, sia un “ in caso di accuse capitali).

Quest’ultima considerazione non deve, d’altra parte, far dimenticare come la situazione fosse e sarebbe rimasta per qualche decennio analoga in parecchi Stati del Sud, non solo in quelli schiavisti originari (Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Nord, Carolina del Sud e Georgia), ma anche in altri aggiuntisi in seguito sulla base della [Southwest Ordinance](#) come il Mississippi di cui qui si tratta, la Louisiana e l’Alabama, e in quelli in cui l’applicabilità dell’[Ordinance](#) stessa sembrava discutibile: famosa la diatriba costituzionale sul Missouri risolta con l’altrettanto famoso Compromesso, che dislocò la linea di confine tra Stati schiavisti e Stati abolizionisti dal parallelo di latitudine 39° 43’ 20’’ (cd. [Mason-Dixon line](#)) a [quello](#) di latitudine 36° 30’.

Ma, anche qui non c’è modo di operare ulteriori approfondimenti di carattere generale. Basti ricordare che dopo la breve vita della successiva [Costituzione del 26 ottobre 1832](#) che una fase storica dove la schiavitù prenderà un’ampiezza inusitata, reggendo in pratica tutta l’economia del Mississippi, solo con gli esiti della Guerra di Secessione (1861-1865), il fenomeno verrà reso illegale dalla [Costituzione del 15 maggio 1868](#), che introducendo, come imposto dalla Federazione, il diritto di voto per i maschi neri. Che alle nuove norme non corrispondessero ancora pienamente le convinzioni sostanzialmente razziste e segregazioniste dei cittadini maschi lo dimostrerà tuttavia più tardi la successiva [Costituzione del 1° novembre 1890](#), concepita, per comune consenso, per ripristinare l’egemonia dei bianchi nell’organizzazione di governo del Mississippi, agendo, tra l’altro, sulla leva del diritto di voto, escludendone un gran massa di neri perché non in grado, come richiesto, di comprendere, a causa del loro analfabetismo, la nuova Costituzione, o perché non in grado di far fronte ad una poll tax (giustificata da destinazioni educative ... ma che ebbe anche l’effetto di escludere un buon numero di bianchi).

Previsioni queste dure a cadere, sebbene la Costituzione del 1890 sia stata in più di un secolo molto emendata fino a pervenire all'odierno articolato mosaico di disposizioni (l'odierno [Mississippi](#) conserva grosso modo l'impianto presidenzialista delle origini). Una vicenda storica per il resto abbastanza nota e che sovente confina drammaticamente con la cronaca.

Duecento anni fa, il 15 agosto 1817: una data che valeva la pena di ricordare, anche al di là degli indubitabili interessi scientifici? Pensiamo che sarebbe stato comunque intellettualmente

(p.c.)

21 dicembre 1867 – 21 dicembre 2017

L'ultimo colpo d'ali dell'imperial-regio governo

Una Costituzione non “senza qualità”

1. Vi sono eventi che alla mente, quella del giurista in particolare, tendono ad apparire come più remoti di altri, ben più risalenti nel tempo.

È, forse, questo il caso della cd. [Dezemberverfassung](#), ossia della serie di atti normativi di valore e rango costituzionale (I-VI nel prosieguo), redatti dall'apposito Comitato costituzionale del Reichrat austriaco per essere adottati con un'unica sanzione da parte dell'imperatore Francesco Giuseppe d'Asburgo-Lorena il 21 dicembre 1867, di cui ricorre oggi il 150° anniversario.

Un fatto, dunque, non eccessivamente lontano dal nostro tempo, ma su cui sono andati a stratificarsi, nel volgere di pochi decenni, accadimenti storici straordinari, alcuni di portata epocale, come la Grande Guerra ed il disfacimento di una delle più antiche e prestigiose Potenze europee, ultima propaggine del Sacro Romano Impero.

Anche le stesse particolarissime circostanze, che accompagnarono quell'avvenimento, hanno probabilmente contribuito a farlo percepire provvisto solo in una limitata misura di significati universali per il costituzionalismo occidentale.

Ciononostante, non sembra ingiustificato, come potrà facilmente intendersi, rievocarne il denso significato storico-costituzionale, almeno per quanto consentito, in questa rapida sede, dalla ricordata molteplicità di atti e dal loro vasto ed articolato tenore.

2. Alla data, peraltro, in cui prese forma giuridica una certa modernizzazione del sistema costituzionale asburgico, già molteplici erano stati i fattori che ne avevano posto le condizioni.

Procedendo, dunque, a ritroso nel tempo, troviamo, innanzi tutto, da poco esauritasi la vicenda grazie a cui la dilacerante e ormai cronica contesa tra la parte ungherese e quella austriaca dell'impero aveva rinvenuto finalmente una composizione. Con l'[Österreichisch-Ungarischen Ausgleich](#) del 12 giugno 1867 (Gesetzesartikel XII), l'Ungheria, in quanto tradizionale entità statale, aveva, infatti, riottenuto una notevole autonomia in forme costituzionali mutate dalla cd. [Pillersdorfsche Verfassung](#) del 25 aprile 1848, calcata a sua volta - non molto diversamente dal coevo Statuto piemontese - sul modello belga del 1831. E ciò non senza qualche paradosso, dato che non solo tale Costituzione era stata presto revocata al sopravvenire degli ulteriori eventi rivoluzionari di quel turbinoso periodo, ma anche perché, in allora, essa non aveva riguardato (oltreché i territori italiani) l'Ungheria, ma esclusivamente la parte

austriaca dell'impero asburgico. A tale "compromesso", provvedeva comunque, ora, a dare vigore, per l'universalità dell'impero, proprio una delle leggi costituzionali del dicembre 1867, la (I) [Gesetz über die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung](#) (denominata anche ufficiosamente Delegationsgesetz).

Dal canto suo, l'Ausgleich aveva dotato il Paese magiaro di un parlamento bicamerale composto da una camera alta ereditaria e da una bassa censitaria, nonché di un gabinetto di fronte ad esse responsabile, consentendo, inoltre, il recupero di quasi tutti i territori considerati come facenti parte dell'Ungheria storica. Tale "compromesso" non fu più nella sostanza seriamente contestato (anche se l'unione commerciale tra Ungheria e Cisleitania, come fu allora denominata la parte austriaca dell'impero, rimase soggetta a rinegoziazioni decennali), per rimanere travolto solo dal crollo generale dell'impero asburgico nel 1918.

3. Anche un altro dei testi costituzionali del dicembre 1867, il (II) [Grundgesetz über die Reichsvertretung](#), poteva considerarsi lo sviluppo del più remoto atto rappresentato dalla [Costituzione imperiale del 26 febbraio 1861 \(cd. Februarpatent\)](#), per il cui inquadramento è però, a sua volta, necessario riferirsi all'ancor più lontano nel tempo [Kaiserliches Diplom](#) del 20 ottobre 1860.

Orbene, quest'ultimo [Diplom](#) ben avrebbe potuto ritenersi il primo passo del cammino che sarebbe sfociato nella [Dezemberverfassung](#): e ciò in virtù di un percorso costituzionale capace di sopire per sempre le velleità neoassolutistiche di Francesco Giuseppe, quali si erano invece manifestate nel periodo intercorso tra le spietate repressioni del biennio rivoluzionario 1848-1849 (in pratica coincidenza con la sua salita al trono) e la profonda crisi istituzionale generata dalla sconfitta austriaca nella Seconda Guerra d'Indipendenza nazionale (per vero, più segnatamente, dalla *débacle* di Solferino per mano francese). Con tale atto, dunque, definito espressamente legge fondamentale permanente ed irrevocabile (si rammentino gli analoghi accenti del Preambolo dello Statuto albertino), si era soprattutto aperta la strada al riconoscimento dei diritti storici delle variegate popolazioni dell'impero. Al [Kaiserliches Diplom](#), dunque, la [Februarpatent](#) pretese di voler accedere "in via di applicazione", considerato che la sua torsione accentratrice ebbe il pratico effetto di ridimensionarne i tratti quasi federalisti.

Comunque sia, l'impianto della Costituzione imperiale del 26 febbraio 1861 (peraltro, sospesa nel 1865 al fine di agevolare la soluzione della questione ungherese) veniva ora nella sostanza confermato dalla [Dezemberverfassung](#), sia pure con le modifiche imposte dal sopravvenuto Ausgleich, nonché dal Trattato di Vienna del 1866, che aveva fatto sèguito alla Terza Guerra d'Indipendenza (militarmente disastrosa per l'Italia, che però trasse profitto dalla sconfitta austriaca, questa volta per mano prussiana, a Sadowa).

Tale continuità poteva innanzi tutto riscontrarsi nell'impianto bicamerale del parlamento imperiale (Reichsrat), corrispondente, a sua volta, alla divisione in classi della società asburgica anche nel sistema elettorale della Camera bassa. Circa la potestà legislativa del Reichsrat, le maggiori eccezioni erano dovute alla devoluzione magiara, nel quadro di un riparto delle competenze che vedeva la residualità giocare a favore delle Diete degli enti territoriali. In questo ambito materiale, l'imperatore si sarebbe potuto "ingerire" con veri e propri decreti-legge assunti però sotto la responsabilità esclusiva dei ministri quando il Parlamento non fosse stato in sessione (salvo la necessità della loro successiva convalida parlamentare). Tuttavia, la competenza politicamente decisiva delle Camere verteva sul bilancio, mentre nutrito era il corredo degli strumenti d'ispezione politica e assai significativo il nuovo rango costituzionale assunto dal regime delle immunità parlamentari. Fondamentalmente, però, il Reichsrat nel suo complesso restava passibile di proroga e la Camera bassa addirittura di scioglimento per mera volontà dell'Imperatore.

Quest'assetto del potere legislativo trovava corrispondenza in un'altra delle leggi costituzionali in parola, ossia lo (III) [Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt](#), dedicato alla collocazione costituzionale dell'imperatore e ai suoi poteri riservati (specie in campo militare e diplomatico). Tra i suoi motivi di maggiore interesse, risaltano particolarmente le garanzie costituzionali che, dal punto di vista giurisdizionale, l'atto ribadiva a beneficio dello stesso imperatore illimitatamente immune e dei suoi ministri (giudicabili solo davanti allo speciale Staatsgerichtshof di cui ragionava già la legge speciale del 25 luglio 1867). E ciò nel momento stesso in cui con l'ulteriore legge costituzionale denominata (IV) [Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt](#) vedeva la luce in Austria il principio di separazione tra potere giudiziario e potere esecutivo a tutti i livelli e la stessa organizzazione giudiziaria riceveva un'inedita stabilità.

Il quadro organizzativo-istituzionale risultava completato dallo (V) [Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgericht](#) istitutivo (anche se l'idea non era del tutto nuova: si pensi, esemplarmente, all'analogo organismo previsto nella [Verfassung des deutschen Reiches del 28 marzo 1849 alias Paulskirchenverfassung](#)) di un Tribunale dell'impero (Reichsgericht) che iniziò però a funzionare il 21 giugno 1869, tributario di competenze paragonabili a quelle di più recenti giurisdizioni costituzionali. Spettava, infatti, tra l'altro, a questa Corte, oltre alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione tra giudici ordinari e amministrativi, dirimere quelli di attribuzione tra Diete provinciali e amministrazione centrale, o tra le autorità di governo dei diversi paesi dell'impero. Essa statuiva altresì sulle controversie originate da pretese e reclami intercorsi tra il Reichsrat ed una serie di soggetti territoriali e reciprocamente tra questi ultimi. Laddove, però, forse il maggiore interesse, anche rispetto all'attualità, era fornito dalla possibilità offerta a ciascun cittadino di proporre un ricorso individuale per la tutela dei suoi diritti politici. Risultava però ancora estranea a questa giurisdizione la competenza che la Costituzione austriaca del 1920, ad opera di un certo Kelsen, metterà in auge in Europa, cioè quella di controllare la validità delle leggi: controllo, anzi, questo, che

era stato recisamente escluso anche in capo ai giudici ordinari ad opera del precitato [Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt](#).

4. *Prima di accingerci ad accennare anche all'ultima legge costituzionale tra quelle di cui si rievoca qui l'adozione, non sembra inopportuno ribadire come tutte le modificazioni della forma di Stato e di governo recate dalla [Dezemberverfassung](#) pervennero, come mai in precedenza, ad incidere sulla stessa natura della monarchia asburgica.*

Quanto alla forma di Stato, si passò, infatti, da una monarchia unica per tutti i territori dinastici della casa d'Austria ad una cd. [doppia monarchia](#) basata sull'unione personale della Corona imperiale austriaca e di quella regia ungherese in capo allo stesso Francesco Giuseppe ([incoronato re magiaro](#) nel 1867 insieme alla non meno illustre consorte Elisabetta, già duchessa di Baviera). Su un simile rimescolamento istituzionale, si scommise in effetti nel tentativo di mantenere intatto il ruolo di Vienna nel concerto delle Potenze europee con l'eliminazione del più deleterio fattore di crisi intestina, ossia la vocazione centripeta dell'Ungheria. Come diffusamente rilevato, tuttavia, l'intesa a due rinfocolò le ambizioni anche delle altre nazionalità presenti: circostanza, questa, destinata a costituire, dopo la sconfitta austriaca nella Prima Guerra Mondiale, la pietra tombale dell'impero multi-etnico in nome del cd. diritto di autodeterminazione dei popoli messo all'ordine del giorno al tavolo della pace.

Sotto l'aspetto della forma di governo, la virata fu indubbiamente forte verso un allineamento dell'esercizio del potere politico con forme più consone all'ideologia liberale allora corrente nell'Europa occidentale, sicché germi prolifici furono immessi tramite la [Dezemberverfassung](#) nella società austriaca, che, alla vigilia del conflitto mondiale, poteva apertamente esprimere tendenze politiche e culturali omologhe a quelle di altri grandi paesi europei. Verso un tale esito, sia pure con talune contraddizioni e derive (specie in politica estera), militarono le opzioni, rivelatesi irreversibili a favore di istituzioni parlamentari rappresentative, suscettibili di progressiva democratizzazione ad opera della legislazione elettorale, nonché per una più stretta consonanza tra maggioranze parlamentari e governo secondo una traiettoria ben nota anche all'Italia liberale. Non meno importante si rivelò, specie per la promozione dei diritti, sia la laicizzazione dello Stato (con le cd. [Maigesetze del 1868](#) venne abolito il retrico Concordato del 1855, che, insieme a quanto previsto in materia di libertà religiosa nella stessa [Dezemberverfassung](#), furono tacciate da Pio IX come lex infanda), sia appunto, come vedremo tra poco, la formulazione di un vero e proprio Bill of Rights per gli ormai ex sudditi austriaci; sia, ancora, l'irrompere sulla scena politica di forze e movimenti portatori di istanze economiche e sociali più ampie di quelle tradizionalmente protagoniste nella vicenda asburgica. La nuova strumentazione giudiziaria concorreva, dal suo canto, a tener salda la supremazia del principio di legalità anche, per quanto di ragione, a livello costituzionale, mentre il carattere rigido dei testi costituzionali varati risaltava dalle previsioni della [Dezemberverfassung](#) per cui la loro modifica sarebbe stata possibile solo con una

maggioranza qualificata, diversa cioè da quella necessaria per la legislazione ordinaria.

5. *Oltre che per quanto appena detto, una particolare attenzione per la (VI) [Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger](#) sembra giustificata dal fatto che, dopo lo sfaldamento dell'ordinamento asburgico, esso è stato l'unico testo normativo del "pacchetto" costituzionale del dicembre 1867 ad essere riassorbito nell'ordinamento repubblicano della Costituzione federale austriaca del 1° ottobre 1920, che, appunto nell'art. 140 delle sue Disposizioni transitorie, provvede a farlo salvo. Conservata, anzi, quest'ultima statuizione anche nella versione della Costituzione federale del 1929, essa è pervenuta a far parte, sia pure con le intervenute modificazioni e grazie alla nuova vita infusa alla costituzione kelseniana dell'anteguerra dal [Verfassungs-Überleitungsgesetz del 1° maggio 1945](#), del corpus delle fonti costituzionali austriache vigenti.*

Non che disposizioni di analoga portata garantista non fossero presenti anche in qualche altra delle leggi costituzionali in parola, come, ad es., la possibilità di tutela dei diritti lesi dall'amministrazione davanti alla giurisdizione amministrativa di cui al ridetto [Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt](#), ma la fonte più completa e perspicua nella materia è senz'altro lo [Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger](#), di cui mette conto ora fornire qualche dettaglio.

Guardando al passato, il documento redigeva in via definitiva il certificato di decesso di ogni diritto feudale, mentre con riguardo al futuro era messo in campo un generale principio di eguaglianza formale, derivabile anche dall'unicità del quadro normativo di base per tutti i cittadini dell'impero. Una tale affermazione si accompagnava al riconoscimento di diritti eguali per i soggetti collettivi più sensibili come le nazionalità, per le quali, tuttavia e non senza porre in tal modo problematiche applicative di estrema delicatezza, la condizione di eguaglianza veniva declinata soprattutto come il diritto inviolabile di mantenere sotto diversi profili le proprie specificità.

Inoltre, se l'acquisizione della cittadinanza onerava lo straniero che avesse inteso concorrere alle cariche pubbliche, era la semplice dimora - e non anche la residenza - a giovare al contribuente ai fini del godimento dei diritti elettorali a livello comunale. La più ampia libertà era poi accordata alla circolazione dei beni e delle persone, così come alla proprietà privata, dichiarata, dal canto suo, inviolabile, salvo il disfavore per la manomorta e la possibilità che un bene fosse espropriato nei casi e con le modalità previste dalla legge qualora lo avesse richiesto l'interesse generale.

Sul piano dell'enunciazione dei diritti, lo stile delle formulazioni non era impari per efficacia rispetto a più illustri dichiarazioni di matrice liberale, risultando rappresentati con nitore i diritti che si intendevano finalmente riconoscere e tutelare in capo ai cittadini austriaci (quali la libertà personale e l'invioleabilità del domicilio, rispetto a cui veniva costituzionalizzata la disciplina contenuta nella precedente legge

del 27 ottobre 1862, la segretezza della corrispondenza, il diritto di riunione e di associazione, le libertà di manifestazione del pensiero, di stampa, di fede religiosa e di coscienza, di ricerca scientifica e di insegnamento), peraltro secondo una modulazione ed un corredo di clausole tipiche del costituzionalismo europeo, di cui anche la nostra Costituzione farà ampia e letterale provvista.

Infine, ad una legge di carattere speciale restava confidata la possibilità di sospensioni temporali o localizzate delle principali libertà.

Non è questa all'evidenza la sede per procedere ad una valutazione critica di siffatto catalogo di diritti, sia per quanto vi venne previsto, sia per quanto soprattutto ne venne mantenuto fuori, anche in relazione alle sue fonti ispiratrici assai più dense di contenuti. Ci si riferisce in particolare alla cd. Costituzione di Kremsier, rimasta allo stadio di progetto ([Kremsierer Verfassungsentwurf](#)), ma che trovava però nel fatidico dicembre del 1867 una parziale rivincita. Questa Costituzione, infatti, caratterizzata da un liberalismo e da un parlamentarismo senza riserve, era stata annullata pochi giorni dopo il suo completamento (tra il 4 marzo 1849 e il 6 marzo 1849) dal grande restauratore dell'impero asburgico, l'allora Primo Ministro Felix Schwarzenberg, che provvide anche a sciogliere quella sorta di costituente elettiva.

6. Della [Dezemberverfassung](#), a 150 anni dalla sua presa di vigore, non tutto è stato pertanto caducato, essendone sopravvissuta la parte forse più sensibile relativa ai diritti individuali, che oggi possiamo ancora leggere intatti nella Costituzione austriaca, insieme all'altro importante lascito dell'Austria imperiale, ossia la diretta protezione di quegli stessi diritti da parte di una Corte costituzionale.

Non solo commemorazione, dunque, ma anche grata ammirazione.

(p.c.)

PARTE PRIMA

STUDI

Pier Luigi Tomaiuoli*

L'insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione e il suo mutamento successivo (nota a [Corte costituzionale n. 92 del 2016](#))

SOMMARIO: 1. *La vicenda processuale.* – 2. *La possibile inammissibilità della questione per insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione.* – 3. *Il mutamento del diritto vivente successivo all'ordinanza di rimessione: inammissibilità, restituzione degli atti al giudice a quo o non fondatezza (nei sensi di cui in motivazione) della questione?*

1. La vicenda processuale.

Il TAR Liguria, adito da una impresa destinataria di una informativa antimafia “tipica” adottata dalla Prefettura di Napoli e dei conseguenti atti di risoluzione di due contratti d'appalto stipulati dalla ricorrente con l'Azienda regionale territoriale per l'edilizia della Provincia di Savona (ARTA), ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 4-bi¹, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*), «che, secondo l'interpretazione assunta dal diritto vivente, attrae alla competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, anche nel caso di connessione fra atto principale e atti consequenziali, fatta solamente eccezione per l'impugnazione di atti normativi o generali».

Il Tribunale amministrativo ligure ha premesso di esserci già pronunciato nella vicenda nel senso della propria incompetenza territoriale in favore del TAR Campania e che tale pronuncia è stata riformata dal Consiglio di Stato, adito dalla parte ricorrente con regolamento di competenza. In seguito al rinvio operato dal giudice di secondo grado, la questione di costituzionalità sarebbe rilevante perché, essendosi il Consiglio di Stato basato sulla disposizione processuale indubbiata, il suo accoglimento comporterebbe la prosecuzione del giudizio innanzi al TAR Campania.

Quanto alla non manifesta infondatezza, secondo il rimettente, la norma impugnata violerebbe il principio di ragionevolezza perché:

a) nel caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e atti consequenziali, anziché valorizzare il legame del giudice con la realtà del territorio in cui opera, opta per l'attribuzione della lite a un Tribunale che può essere assai lontano dal luogo in cui si è svolta la vicenda all'origine del contenzioso, ossia distante dalle autorità amministrativa e di polizia che hanno curato gli accertamenti istruttori sfociati nell'adozione dell'informativa antimafia, per ciò solo «non altrettanto idoneo a fornire una risposta di giustizia adeguata al caso concreto»;

b) nel caso in cui la medesima informativa antimafia abbia dato luogo all'adozione di distinte misure rescissorie da parte di più amministrazioni aventi sede in diverse circoscrizioni di TAR, crea il rischio di un contrasto di giudicati.

La norma censurata, poi, violerebbe il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. ed il principio del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 25, comma 1, Cost., perché finirebbe con l'affidare il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia in modo del tutto casuale al TAR chiamato per primo a decidere. Essa, infine, violerebbe anche «il canone della piena ed effettiva tutela giurisdizionale affermato» dagli artt. 24, comma 1, e 111, comma 1, Cost., poiché rende eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto delle parti di agire e resistere in giudizio a tutela delle loro posizioni soggettive, nella misura in cui costringe:

* *Magistrato amministrativo e assistente di studio presso la Corte costituzionale.*

¹ L'art. 13, comma 4-bis, recita: «La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza».

1) l'impresa colpita dall'informativa ad adire un Tribunale diverso da quello nella cui circoscrizione ha sede l'autorità prefettizia emanante, coincidente di massima con la sede dell'impresa medesima, ovvero, nel caso di atti applicativi provenienti da diverse stazioni appaltanti, a impugnare l'informativa dinanzi a diversi Tribunali, con sensibile aggravio di spese;

2) la Prefettura, in caso di impugnazione dell'informativa con più ricorsi, a svolgere distintamente le proprie difese in diverse sedi giurisdizionali;

3) le stazioni appaltanti, diverse da quella chiamata in causa nel giudizio innanzi al TAR che si pronuncia per primo sulla domanda di annullamento dell'informativa, a subire gli effetti di tale pronuncia senza potere partecipare al processo.

La Corte costituzionale, richiamando la sua costante giurisprudenza ([sentenze n. 270 del 2014](#), [n. 294](#) e [n. 247 del 1995](#), [n. 25 del 1989](#), [n. 237 del 1976](#) e [n. 116 del 1974](#); [ordinanza n. 332 del 1987](#)), ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza, perché il giudice rimettente non deve fare applicazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Esso, infatti, ai sensi dell'art. 16, comma 3, primo periodo², del codice del processo amministrativo, deve (come in ogni ipotesi di rinvio a seguito di regolamento di competenza o di giurisdizione) considerarsi vincolato dalla già intervenuta decisione del giudice superiore e non deve applicare le norme (sulla competenza) che sono state oggetto di tale decisione, sicché nel giudizio *a quo* nessuna influenza potrebbe avere una qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale.

Aggiunge la Consulta che «da altra angolazione, “*sub specie* di giudizio di costituzionalità, la questione in esame si traduce in realtà nella richiesta a questa Corte di operare una sorta di “revisione in grado ulteriore” della sentenza [...] che ha dato origine al giudizio *a quo*, e cioè di svolgere un ruolo di giudice dell'impugnazione che ovviamente non le compete” ([sentenza n. 294 del 1995](#))».

2. La possibile inammissibilità della questione per insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione.

Nel ritenuto dell'ordinanza di rimessione si legge che l'Avvocatura generale dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità della questione anche per insussistenza del diritto vivente assunto come tale dal rimettente e, in ogni caso, per il suo mutamento sopravvenuto all'ordinanza di rimessione.

E' questa eccezione bifronte a suscitare il maggiore interesse di chi scrive, e ciò in ragione della problematicità delle questioni che essa pone sul piano del processo costituzionale, sì che vale la pena di provare a immaginare quale avrebbe potuto essere l'esito del suo scrutinio, se non vi fosse stato l'assorbente profilo d'inammissibilità ravvisato dalla Corte (come avrebbe potuto darsi nel caso in cui il rimettente avesse sollevato la questione prima di pronunciarsi sulla competenza, e quindi in assenza di un vincolo discendente dalla pronuncia del Consiglio di Stato adottata in sede di regolamento).

La complessa questione dell'individuazione del giudice competente in caso di impugnazione congiunta dell'informativa prefettizia a monte e dei susseguenti atti di risoluzione di rapporti contrattuali a valle è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale che, nel giro di pochi anni dopo l'introduzione del codice del processo amministrativo³, ha registrato finanche diverse decisioni di segno contrario della stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato (ordinanze n. 29 e n. 17 del 2014, n. 4 e n. 3 del 2013, n. 34 e n. 33 del 2012).

Tale dibattito è stato alimentato dalla scelta del legislatore di non regolamentare con completezza il fenomeno dello spostamento della competenza per ragioni di connessione (al contrario di quanto fa

² A mente del quale, «La pronuncia sulla competenza resa dal Consiglio di Stato, in sede di regolamento o di appello ai sensi dell'articolo 62, comma 4, vincola i tribunali amministrativi regionali». Si veda, sul punto, C. CONTESSA, *Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza nel nuovo Codice del processo amministrativo*, settembre 2010, in [Giustizia amministrativa](#).

³ Entrato in vigore il 16 settembre 2010.

il codice di procedura civile agli artt. 31 e ss.)⁴, dal mutamento della normativa sostanziale in materia di informative antimafia intervenuta nel 2011⁵ e dall'introduzione della censurata disposizione di cui all'art. 13, comma 4-*bis*, entrata in vigore nell'ottobre del 2012⁶.

Secondo il TAR Liguria, al momento della rimessione⁷, l'art. 13, comma 4-*bis*, grazie a ben tre decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (le ordinanze n. 33 del 24 settembre 2012, n. 34 del 19 novembre 2012 e n. 3 del 4 febbraio 2013), sarebbe stato univocamente interpretato nel senso di ricomprendere nel suo ambito d'applicazione anche il caso dell'impugnazione congiunta dell'informativa antimafia e dei susseguenti atti di risoluzione dei contratti in essere.

Anche in tale ipotesi, secondo il diritto vivente, si sarebbe verificata un'attrazione della competenza relativa all'atto presupposto (l'informativa) in favore del giudice competente a conoscere gli atti presupponenti (gli atti incidenti sui contratti), intesi quali atti «da cui deriva l'interesse a ricorrere» (secondo la formulazione di cui all'art. 13, comma 4-*bis*).

L'assunto da cui parte il rimettente appare, tuttavia, controvertibile.

È vero che il Consiglio di Stato⁸, nel riformare l'ordinanza declaratoria dell'incompetenza del TAR Liguria, ha fatto applicazione del da poco sopravvenuto art. 13, comma 4-*bis*, ritenendo che esso regoli anche l'ipotesi dell'impugnazione congiunta dell'informativa e degli atti rescissori.

Non convince fino in fondo, invece, l'affermazione che tale disposizione fosse stata interpretata negli stessi termini dalle invocate decisioni dell'adunanza plenaria.

Tutte le ordinanze in questione, infatti, hanno tratto la *regula iuris* dell'attrazione della competenza sull'informativa antimafia a quella sugli atti posti a valle sulla base del quadro normativo all'epoca vigente, dato, sul piano sostanziale, dalla normativa precedente⁹ l'introduzione del nuovo codice antimafia, e, sul piano processuale, dalla diversa disposizione di cui all'art. 13, comma 1, del codice del processo amministrativo.

Le ordinanze n. 34 del 2012 e n. 3 del 2013 (ma anche la n. 4 del 2013), poi, hanno espressamente escluso la rilevanza, ai fini della risoluzione della questione controversa, del sopravvenuto art. 13, comma 4-*bis*, in quanto «non applicabile ai processi instaurati prima della sua entrata in vigore in forza del generale principio di irretroattività cristallizzato dall'art. 11, comma 1, delle disposizioni del codice civile sulla legge in generale», osservando incidentalmente, tuttavia, come tale disposizione avrebbe “confermato” l'approdo interpretativo già raggiunto.

Appare dunque quanto meno opinabile che, all'epoca dell'ordinanza di rimessione, l'interpretazione della disposizione censurata (entrata in vigore circa 16 mesi prima) nel senso di ricomprendere nel suo campo di applicazione anche l'ipotesi dell'impugnazione dell'informativa antimafia e degli atti conseguenti assurgesse a vero e proprio diritto vivente.

Non sembra un caso, del resto, che a distanza di circa un mese dall'atto di rimessione, il Consiglio di Stato¹⁰ riterrà, sulla base di una lettura completamente opposta dell'art. 13, comma 4-*bis* (questa

⁴ Si veda, sull'argomento, F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, 2016, Dike, 93 e ss.

⁵ Si tratta del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*).

⁶ La disposizione è stata introdotta dall'art. 1, lettera a), del d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (*Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69*), c.d. secondo correttivo, entrando in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del decreto. medesimo (19 settembre 2012, n. 218).

⁷ L'ordinanza di rimessione è del 6 marzo 2014.

⁸ Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 29 luglio 2013, n. 3967, che richiama un vicino precedente della stessa sezione (Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2068).

⁹ Si vedano, in particolare, l'art. 4 del d. lgs. 8 agosto 1994, n. 490 (*Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata*) e l'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno del 1998, n. 252 (*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia*).

¹⁰ Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 17 aprile 2014, n. 1976; nello stesso senso anche la successiva ordinanza

volta applicabile in quel giudizio e quindi oggetto di cognizione *principaliter*), e nella sostanza collimante con quella prospettata dal TAR Liguria, di rimettere nuovamente la questione all'adunanza plenaria.

Quest'ultima, con le ravvicinate ordinanze n. 17 del 31 luglio 2014 (intervenuta a soli quattro mesi circa dall'atto di rimessione) e n. 29 del 7 novembre 2014, ribalterà la *regula iuris* fissata in precedenza, facendo propria l'interpretazione della sezione rimettente già patrocinata dal TAR Liguria.

Laddove si condividessero queste considerazioni, la conseguenza che se ne dovrebbe trarre sarebbe l'insussistenza del diritto vivente assunto dal rimettente, il che avrebbe dovuto condurre la Corte costituzionale a una pronuncia di inammissibilità della questione ([ordinanze n. 96 del 2014](#), [n. 251](#) e [n. 64 del 2006](#)), trovandosi il giudice a *quo* nella fisiologica situazione di dovere ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata prima di passare dall'incidente di costituzionalità ([ordinanze n. 64 del 2006](#), [n. 19 del 2003](#) e [n. 517 del 2000](#)).

In tale situazione, infatti, «*la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa, mira nella sostanza ad ottenere dalla Corte un avallo ad una diversa interpretazione, così evidenziando un uso improprio dell'incidente di costituzionalità*» ([sentenza n. 320 del 2009](#); nello stesso senso, [ordinanze n. 90 del 2009](#), [n. 251](#) e [n. 64 del 2006](#)).

3. *Il mutamento del diritto vivente successivo all'ordinanza di rimessione: inammissibilità, restituzione degli atti al giudice a quo o non fondatezza (nei sensi di cui in motivazione) della questione?*

Sempre seguendo l'ipotetico scenario tratteggiato, laddove la Corte costituzionale avesse invece condiviso l'assunto dell'esistenza del diritto vivente al momento della rimessione, avrebbe dovuto affrontare l'altro polo dell'eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura, secondo cui comunque tale diritto vivente sarebbe successivamente mutato in senso conforme all'interpretazione auspicata dal rimettente.

In fatto l'eccezione sembra fondata, dal momento che le ordinanze n. 17, n. 29 e n. 30 del 2014 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato hanno escluso l'applicazione dell'art. 13, comma 4-*bis*, al caso dell'impugnazione congiunta dell'informativa e degli atti consequenziali posti a valle, affermando, per contro, l'applicazione del principio di attrazione per accessoria¹¹ di cui all'art. 31 del c.p.c., così sposando la tesi sostenuta dal TAR Liguria (dell'attrazione della competenza sugli atti a valle al giudice competente per l'atto principale, *id est* l'informativa).

In punto di diritto, indiscussa in dottrina¹² e in giurisprudenza la rilevanza del «diritto vivente

della sezione III, 23 giugno 2014, n. 3155.

¹¹ Ritenuto persino prevalente, attesa la «intrinseca e sostanziale dipendenza logico-giuridica» (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza n. 17 del 2014) degli atti principali e accessori, sul criterio di inderogabilità della competenza funzionale di cui all'art. 14 del codice del processo amministrativo. Quest'ultimo criterio, per contro, secondo la precedente giurisprudenza della stessa adunanza plenaria (si veda, in particolare, la sentenza n. 29 del 2013), avrebbe dovuto comportare l'impossibilità di attrarre al giudice competente sull'informativa la competenza sugli atti di rescissione contrattuali rientranti nella detta competenza funzionale inderogabile in forza del combinato disposto degli artt. 14, comma 3, e 119 del codice del processo amministrativo. Per la contestazione della tesi della necessaria prevalenza della competenza funzionale si veda G. FERRARI *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Neldiritto Editore, 2014, 151-167 e 180.

¹² A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2012, Giuffrè, 191, ove il mutamento della giurisprudenza viene allontanato dal *factum superveniens*, destinato all'irrelevanza, e avvicinato allo *ius superveniens*; nonché 211: «Il *thema decidendum* si determina avuto riguardo, oltre che alle modifiche interne al giudizio incidentale, anche a quelle esterne (mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione della disposizione impugnata, modifiche legislative, ecc.) che siano intervenute dal momento della proposizione della questione a quello del decidere e fin anche dopo la discussione, secondo il noto principio che vuole che la decisione sia resa con riguardo alle ragioni presenti al momento in cui viene adottata». Si vedano sul punto le considerazioni di R. ROMBOLI, [Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza n. 150/12:](#)

superveniens»¹³ nella definizione del *thema decidendum* del giudizio di costituzionalità, ciò che va verificato è quali siano le sue conseguenze processuali.

La Corte, nelle non numerose ipotesi in cui ha affrontato la questione, ha ritenuto che, laddove «l'indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all'ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità», «[r]esta (...) superato il dubbio di legittimità costituzionale originato da una contraria lettura della norma», ([sentenza n. 233 del 2003](#)); e ciò perché «la presenza di un "diritto vivente", anche se consolidatosi in tempo successivo all'ordinanza di rimessione, vale a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni e applicazioni opposte al "diritto vivente" stesso» ([sentenza n. 56 del 1985](#); nello stesso senso, [sentenze n. 72](#) e [n. 325 del 1983](#), [n. 104 del 1984](#)).

In questi casi¹⁴, il giudice delle leggi ha osservato che, a seguito del mutato orientamento giurisprudenziale, «il presupposto da cui ha preso le mosse il giudice a quo per sollevare la prospettata questione non può quindi dirsi più sussistente», e, senza mai esaminare nel merito la conformità a Costituzione del nuovo diritto vivente, si è limitata a inferire che «le prospettate questioni sotto i vari profili dedotte (...) risultano prive di giuridico fondamento» ([sentenze n. 325](#) e [n. 72 del 1983](#); sentenze richiamate anche dalla [n. 104 del 1984](#)).

A tali considerazioni la Corte ha sempre fatto seguire una pronuncia di non fondatezza nei termini di cui in motivazione¹⁵, secondo uno schema che ricorda da vicino le pronunce di non fondatezza per erroneità del presupposto interpretativo, con la peculiarità che questo caso l'erroneità del presupposto può considerarsi sopravvenuta (dal punto di vista "fattuale" più che giuridico, come si dirà meglio appresso).

Meno percorribile, invece, sembrerebbe la strada della restituzione degli atti¹⁶ al rimettente perché valuti l'incidenza del sopravvenuto diritto vivente sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione sollevata.

In un solo caso la Corte costituzionale, a fronte di un mutamento della giurisprudenza nazionale, ha scelto, con un'ordinanza che non presenta un particolare approfondimento motivazionale, di utilizzare la tecnica della restituzione degli atti¹⁷.

Essa è stata per contro utilizzata più volte per l'ipotesi di *revirement* della Corte di giustizia ([ordinanze n. 179 del 2011](#), [n. 252 del 2006](#) e [n. 241 del 2005](#)) e, in una sola occasione, della Corte Edu ([ordinanza n. 150 del 2012](#)¹⁸)¹⁹.

[il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa](#), in questa *Rivista*, *Studi 2013* (26.02.13), A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Giuffrè, 1994, 538 e ss.

¹³ L'espressione è di A. PUGIOTTO, *op. cit.*

¹⁴ Per una breve panoramica sul punto si vada L. SALVATO, *Profili del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf.

¹⁵ In un solo caso, quello della [sentenza n. 104 del 1984](#), il dispositivo reca l'indicazione «nei termini e ai sensi di cui in motivazione».

¹⁶ La soluzione della restituzione degli atti è propugnata da A. PUGIOTTO, *op. cit.*

¹⁷ Si tratta dell'[ordinanza n. 983 del 1988](#).

¹⁸ L'ordinanza in questione è stata oggetto di un vivace dibattito dottrinario. Si vedano, a partire da questa *Rivista*, *Decisioni 2012* (sub [ordinanza n. 150 del 2012](#)), i seguenti scritti: A. RUGGERI, [La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata \(a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita\)](#); E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n.150/2012*; V. I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*.

¹⁹ In ogni caso, con riferimento alle pronunce della Corte di Strasburgo, la loro controversa idoneità ad assurgere a fonte di diritto dovrebbe essere oggi limitata, alla luce della posizione assunta dalla Corte costituzionale con la nota [sentenza n. 49 del 2015](#), a quelle che sono espressione di un diritto consolidato.

In questi casi, tuttavia, la scelta della restituzione è stata motivata in ragione della peculiare natura delle pronunce delle citate corti sovranazionali, più o meno riconducibili, in ragione dei loro effetti, alla categoria delle fonti del diritto, e quindi in ragione di una assimilazione del mutamento della loro giurisprudenza all'ipotesi dello *ius superveniens*²⁰, a fronte del quale la tecnica restitutoria è pacificamente utilizzata dalla Corte costituzionale.

In linea con questa impostazione appare anche l'ipotesi della restituzione degli atti che la Corte opera a fronte di sopravvenute (all'atto di rimessione) pronunce che dichiarano l'incostituzionalità di un frammento del quadro normativo di riferimento (*ex multis*, [ordinanze n. 12 del 2015](#), [n. 247 del 2014](#), [n. 146 del 2011](#), [n. 427](#) e [n. 34 del 2006](#), [n. 315 del 2005](#))²¹, restituzione che, per contro, non viene praticata nel caso in cui tale quadro normativo sia oggetto di sopravvenute pronunce di infondatezza²², posto che in questa seconda ipotesi, a differenza della prima, non si assiste a una modifica (con effetti retroattivi) del diritto vigente.

Né sembra che tali conclusioni, che fanno leva sulla natura non normativa delle pronunce giurisdizionali comuni, possano mutare alla luce delle modifiche legislative recentemente apportate²³ al codice di procedura civile e delle disposizioni del codice del processo amministrativo volte ad attribuire una certa forza vincolante alle decisioni dei rispettivi organi della nomofilachia.

Non solo, infatti, le norme in questione sembrano disegnare un vincolo di natura meramente processuale (nel senso che, laddove le sezioni semplici della Cassazione e del Consiglio di Stato non condividano un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite o dall'adunanza plenaria, hanno l'obbligo di rimettere la questione all'esame di quest'ultime), ma soprattutto tale vincolo è orizzontale e non verticale, poiché non riguarda in alcun modo le giurisdizioni di merito²⁴.

A sconsigliare la soluzione della restituzione degli atti, infine, vi è anche il rilievo che, nel caso di specie, data la natura completamente "satisfattiva" del mutamento del diritto vivente nel senso costituzionalmente orientato auspicato dal rimettente, sarebbe del tutto improbabile la riproposizione della questione di costituzionalità, il che, a ben vedere, fa venire meno il senso dell'adozione di questo strumento di "collaborazione" tra giudice comune e giudice costituzionale.

²⁰ Si legge nell'[ordinanza n. 252 del 2006](#) che «è necessario restituire gli atti al rimettente, al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia, la quale - in ragione della sua natura - assume nella fattispecie valore di *ius superveniens*».

²¹ Laddove oggetto della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità siano proprio le norme oggetto del giudizio successivo, la restituzione degli atti viene praticata solo laddove residui in capo al rimettente un margine di apprezzamento sull'esistenza dei presupposti per risolvere la questione di costituzionalità. Osserva R. ROMBOLI, *op. cit.*, 3, nota 3: «La giurisprudenza ad oggi consolidata è nel senso di utilizzare la formula della manifesta inammissibilità, allorché la disciplina impugnata è stata "dichiarata integralmente incostituzionale, onde non residuano valutazioni da svolgere da parte del giudice rimettente ai fini di una nuova prospettazione della questione di legittimità costituzionale" ([ord. n. 19/2004](#)), mentre allorché la Corte ritenga che esista pur sempre un margine di apprezzamento circa la possibilità di sollevare nuovamente l'eccezione di costituzionalità, nonostante l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità, si dovrà fare ricorso alla formula della restituzione degli atti».

²² R. ROMBOLI, *op. cit.*, 10.

²³ Per il processo civile si veda l'art. 374 c. c., per come modificato dall'art. 8 del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*); per quello amministrativo l'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo; per quello contabile l'art. 42, comma 2, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*), che integra l'art. 1, comma 7, del d. l. 15 novembre 1993, n. 453 (*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*), conv., con modif., nella l. 14 gennaio 1994, n. 19.

²⁴ Si vedano, sul punto, A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia europea*, in [Judicium](#); A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo stare decisis?*, in [Lexenia](#); E. FOLIERI, *L'Introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. process. amm.* 2012, 1237; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.* 2013, 981. Discorso a parte potrebbe farsi (ma non è questa la sede) per la giurisdizione contabile, posto che qui l'obbligo di rimessione grava non solo sulle sezioni giurisdizionali centrali ma anche su quelle regionali; e, in senso opposto, per la giurisdizione penale, posto che qui le sezioni semplici non sono vincolate, ma hanno solo la facoltà di rimessione alle sezioni riunite (art. 618, c.).

Scartata la via della restituzione degli atti, è opinione di chi scrive che – pur in assenza di precedenti della Corte in questo senso – preferibile alla dichiarazione di non fondatezza nei sensi di cui in motivazione sia la declaratoria di inammissibilità, come si è visto accadere nel caso in cui il diritto vivente sia insussistente al momento dell’ordinanza di rimessione e come accade, spesso, in ipotesi di erroneità (originaria) del presupposto interpretativo²⁵.

Nel caso di sopravvenuto mutamento del diritto vivente, infatti, la Corte costituzionale (al pari di quanto accade nel caso della sua insussistenza originaria) non opera un esame del merito delle questioni sollevate, né con riferimento al pregresso diritto vivente né in relazione a quello sopravvenuto, limitandosi a prendere atto di quest’ultimo.

In altri termini, il rilievo che in queste ipotesi la Corte costituzionale si è sempre arrestata alla soglia preliminare della constatazione dell’inesistenza del presupposto da cui muove il rimettente (*id est*, la presenza di un diritto vivente), senza operare una valutazione di merito²⁶ sulla compatibilità di quest’ultimo a Costituzione, sembrerebbe indicare come più appropriata la via della pronuncia di inammissibilità²⁷.

Le obiezioni cui può andare incontro tale soluzione è che essa, da un lato, sembra consegnare alla sfera di operatività di tale formula decisoria anche il caso di vizi non genetici dell’atto di rimessione; dall’altro, quanto meno *prima facie*, sembra “sanzionare”²⁸ l’operato del rimettente sulla base di un fatto sopravvenuto (il mutamento del diritto vivente) a esso non rimproverabile²⁹.

Tali obiezioni, tuttavia, non sembrano affatto irresistibili, laddove si consideri, in primo luogo e soprattutto, che il vero senso della pronuncia dell’inammissibilità non è legato né alla mancanza originaria di presupposti processuali o condizioni dell’azione, né ad una “erroneità colpevole” della rimessione, dovendo piuttosto ricercarsi nella sussistenza di condizioni che impediscono «una decisione di pieno merito»³⁰.

Con specifico riferimento alla prima obiezione, poi, non può non considerarsi, sotto altro profilo,

²⁵ Come è noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale conosce, per l’ipotesi di erroneità del presupposto interpretativo, tanto pronunce di inammissibilità quanto di infondatezza nei sensi di cui in motivazione, senza peraltro che siano chiare le ragioni che presiedono alla scelta dell’un tipo di pronuncia o dell’altro.

²⁶ Come emerge chiaramente dalla lettura della parte motiva dei precedenti resi in materia: [sentenze n. 233 del 2003, n. 398 del 1994, n. 585 del 1990, n. 615 del 1988, n. 56 del 1985, n. 172 del 1984, n. 104 del 1984, n. 325 del 1983, n. 72 del 1983](#).

²⁷ A. BONOMI, *Alcuni spunti sulle tipologie decisorie adottate dalla Corte costituzionale a seguito dell’accertamento dell’erroneità del presupposto interpretativo fatto proprio dal giudice a quo: non fondatezza “nei sensi di cui in motivazione”, inammissibilità interpretativa, manifesta infondatezza e non fondatezza semplice (...alla luce della sentenza n. 140 del 2013 Corte cost.)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 ottobre 2013, 8: «Ciò che in linea di massima distingue – o dovrebbe distinguere – tali tipologie decisorie è la circostanza che, allorché adotta la formula dell’inammissibilità, la Corte o, una volta ritenuta non superata la verifica preliminare relativa alla “correttezza” del presupposto interpretativo sposato dal giudice *a quo*, per così dire non procede oltre, cioè si astiene dall’indicare quale sia l’interpretazione “corretta” da seguire, oppure non si limita a disattendere il presupposto interpretativo del rimettente ma lo “lo sostituisce” con altro presupposto ritenuto “corretto”: in entrambi i casi, tuttavia, la stessa Corte – proprio perché adotta una pronuncia d’inammissibilità, ancorché interpretativa – non dovrebbe esprimersi in merito al denunciato contrasto tra la norma indubbiata e i parametri invocati, ma dovrebbe limitarsi a “dire” al giudice a quo “se questo è il tuo dubbio di costituzionalità e se quelli sono gli ostacoli che ti impediscono di superarlo attraverso l’ordinanza d’interpretazione della legge, io ti dico solo che gli ostacoli anche alla luce della Costituzione, sono infondati, senza pronunciarmi sul dubbio di costituzionalità». Nello stesso senso, S. CARNOVALI, *La dichiarazione di infondatezza “semplice” a fronte dell’erroneità del presupposto interpretativo. Riflessioni di natura processuale e di merito a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 11 del 2015 in materia di assegno divorzile*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 773; A. GUAZZAROTTI, *Fin dove arriva l’interpretazione conforme a Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 81; *contra* A. PUGIOTTO, *op. cit.*

²⁸ E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, 232, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, 200-267.

²⁹ A. PUGIOTTO, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.* 1991, I, 641

³⁰ Così A. CERRI, *op. cit.*, 229: «Le pronunzie d’inammissibilità vengono adottate quando non ricorrono le condizioni per una decisione di pieno merito. Può trattarsi di carenza di condizioni strettamente processuali oppure anche di condizioni preliminari del merito stesso, preclusiva comunque del pieno apprezzamento di questo».

che il giudizio incidentale non conosce la tipologia delle pronunce di improcedibilità³¹, che nel giudizio principale e nei giudizi comuni viene utilizzata in ipotesi di sopravvenienze preclusive dell'esame del merito, con la conseguenza quest'ultime, laddove occorrono, non potrebbero che giustificare una declaratoria d'inammissibilità (stante la sua natura non di merito comune alla pronuncia d'improcedibilità).

Sempre con riferimento alla prima obiezione, andrebbe poi considerato che nell'ipotesi di mutamento del diritto vivente la sopravvenienza può essere considerata veramente tale solo su un piano strettamente fattuale: in ipotesi di *overruling* giurisprudenziale, infatti, la norma non muta, ma a essa viene attribuito, con effetti *ex tunc* e senza soluzione di continuità, una interpretazione differente, con la conseguenza che – al pari del caso dell'inesistenza originaria del diritto vivente – il presupposto da cui muove il rimettente deve considerarsi mai esistito (e non esistito fino a un certo punto e poi venuto meno).

A stemperare la seconda obiezione incentrata sul (falso) aspetto sanzionatorio, invece, soccorrerebbe, da un lato, il tenore della motivazione della pronuncia, la quale darebbe conto del sopravvenuto mutamento giurisprudenziale ovviamente non rimproverabile al rimettente; dall'altro, il rilievo che la declaratoria di (manifesta) inammissibilità è adottata³² anche quando la norma censurata sia stata dichiarata incostituzionale successivamente all'ordinanza di rimessione (*ex plurimis*, [ordinanze n. 261](#) e [n. 206 del 2014](#); [n. 321](#) e [n. 177 del 2013](#), [n. 315](#) e [n. 182 del 2012](#)), fatto, anche questo, ovviamente non rimproverabile al rimettente.

Questa soluzione, infine, avrebbe il pregio di ricondurre a unità le tipologie di pronunce della Corte a fronte di un dato sostanzialmente omogeneo: l'assenza (originaria o sopravvenuta) del diritto vivente, che inibisce il sindacato di merito della Corte e pone (o ripone) il rimettente di fronte all'onere di ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata senza passare dall'incidente di costituzionalità.

³¹ Si veda, sul punto, *Il quadro delle pronunce decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, a cura di M. BELLOCCI e T. GIOVANNETTI, 1-8, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari.

³² Si rinvia *supra* alla nota n. 21.

Emma A. Imparato*
La Consulta alla prova dell'*Italicum*: la via dell'autorimessione

SOMMARIO: 1. Il risultato possibile – 2. Il caso specifico: ricostruzione di una vicenda paradossale. – 3. La ratio dell'autorimessione. – 4. La questione rilevante. – 5. Alcune prime (provvisorie) conclusioni.

1. *Il risultato possibile.*

Il sistema di giustizia costituzionale italiano conosce prevalentemente il controllo di legittimità costituzionale di tipo indiretto¹ costituendo la via incidentale l'asse portante che resta prioritario, anche rispetto al controllo in via principale previsto all'art. 127 Cost., per attivare il giudizio innanzi alla Corte costituzionale. Il giudizio incidentale, collegando il controllo della Corte al procedimento nel quale si attiva la garanzia giurisdizionale, dovrebbe coprire tutti i campi di possibili lesioni derivanti da norme di leggi, di diritto sostanziale o processuale, contrarie a Costituzione incluso quello della tutela dei diritti fondamentali² come peraltro è il caso qui in esame³. Non sempre tuttavia è così. Esiste allora una strada alternativa in questo dicotomico accesso al giudizio sulle leggi innanzi alla Corte: quella dell'autorimessione. Ben presente nel sistema austriaco⁴ e seguita talvolta, sia pure in casi non così frequenti, altresì nell'ordinamento italiano⁵, l'autorimessione rappresenta una via importante giacché va in qualche modo a controbilanciare l'assenza del giudizio d'ufficio della Corte

* *Ricercatrice di diritto pubblico comparato, Università degli studi di Napoli "L'Orientale"*.

¹ In generale, sul processo e sul giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, v. R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, *Aggiornamento V*, 503 ss. nonché G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 521 ss. Per un'analisi teorica dei caratteri relativi all'accesso in via incidentale si rinvia invece a P. BIANCHI - E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 13 ss.

² Perplexità sulla capacità del controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale a "non lasciare scoperte, sul piano giuridico, esigenze effettive di tutela dei diritti", si v., V. ONIDA, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa. Atti del Convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997*, Cedam, Padova, 1998, 183 e ss.

³ In questi termini si era peraltro già espressa la Corte costituzionale rispetto all'impugnazione della pregressa legge elettorale laddove ben stabiliva che: "la questione ha ad oggetto un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione, il diritto di voto, che ha come connotato essenziale il collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme, ed è proposta allo scopo di porre fine ad una situazione di incertezza sulla effettiva portata del predetto diritto determinata proprio da «una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica», in ipotesi frutto delle norme censurate" ([Corte cost. sent. 1/2014](#)).

⁴ Secondo l'art. 140 Cost. «La Corte di giustizia costituzionale decide sulla incostituzionalità di una legge federale o provinciale su richiesta della Corte di giustizia amministrativa, della Corte suprema di giustizia, di un tribunale chiamato a decidere in seconda istanza, o di una Sezione amministrativa indipendente, od anche *d'ufficio* quando la Corte stessa debba applicare tale legge in un procedimento pendente». Generalmente questo può accadere in sede di controllo di legittimità dei regolamenti e di ricorso individuale contro provvedimenti amministrativi lesivi di diritti costituzionalmente garantiti dall'art. 144 Cost. Affianco al controllo astratto, si ha così un controllo di tipo concreto tale non solo nell'accesso in via «incidentale» su iniziativa di un giudice, ma anche nel ricorso diretto individuale. Peraltro, gli studi di dottrina in merito al caso austriaco sono numerosissimi. Per quella straniera si può rinviare, tra i molti, agli scritti ben approfonditi di R. WALTER, H. MAYER, G. KUCSKOSTADLMAYER, *Bundesverfassungsrecht*, Wien-Mainz, 2007, 10. Aufl.; T. ÖHLINGER, *Verfassungsrecht* Wiener Universitätsverlag 2009, nonché O. PFERSMANN, *Le contrôle concret des normes législatives en Autriche*, in X. PHILIPPE (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, PUAM Paris 2009, 91. Sull'importanza di questa via di accesso alla giustizia costituzionale, tra gli autori italiani, v. soprattutto B. CARAVITA, *Corte giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi (I). La Corte costituzionale austriaca*, Cedam, Padova, 1985, in particolare, 105.

⁵ Anche se non è disciplinato specificamente da alcuna norma, taluno ha ravvisato, a giusta ragione, punti di contatto con l'invalidità consequenziale di cui in nota 9. V. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice "a quo"*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 e ss., come richiamato, insieme ad altra dottrina che pure si fece fautore dell'autorimessione (Mortati e Barile), da A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 152. Ivi, v. pure attenta ricostruzione delle principali ordinanze di autori missione emesse dalla Corte.

in un sistema di giustizia costituzionale che ignora il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti soggettivi⁶. Attraverso questa strada, il giudice delle leggi si trasforma esso stesso in ‘giudice comune’, autoinvestendosi del potere di controllo di questioni non sollevate dal giudice *a quo* ma, a parer suo, di dubbia costituzionalità, guadagnando così tempo rispetto alla decisione di merito⁷.

Superato positivamente l'accertamento dei requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione oggetto del giudizio, la Corte costituzionale può ancora in tal modo non giungere alla decisione della questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo vaglio. Senza entrare nel merito della questione sollevata, in alternativa alla pronuncia sulla risoluzione del caso assunta mediante la veste della sentenza - di rigetto o di accoglimento della questione sollevata nel giudizio incidentale nelle loro diverse declinazioni comprensive dei tipi di pronunce cosiddette “manipolative” - il giudice delle leggi può cioè emettere un’ordinanza ‘procedurale’ di autorimessione, ergendosi a giudice incidentale. Portando all’estremo il principio del chiesto e pronunciato, previsto dalla normativa sul suo funzionamento del 1953⁸, la Corte può così eccezionalmente superare le strettoie derivanti dalla circoscrizione del giudizio di legittimità costituzionale nei confini fissati dall’ordinanza di rimessione e dalla necessaria incidentalità della questione di legittimità costituzionale che porta ad escludere la possibilità per la Consulta di promuovere *ex officio* una questione di costituzionalità nell’ambito del giudizio sulle leggi⁹.

⁶ Sulla ricostruzione storica del “profilo geografico” – come definito dallo stesso A. - del ricorso diretto individuale e sui modelli europei attualmente presenti, v. R. TARCHI, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali: prospettiva comparata e sistema italiano di giustizia costituzionale*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità. Atti del Convegno (Pisa, 19-20 settembre 2008)*, Giappichelli, Torino, 2012, 5 e ss. Più in generale, vedi anche, L. PEGORARO, *La giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007. Per una ricostruzione del dibattito sulla opportunità dell’introduzione nel nostro ordinamento del ricorso diretto dei singoli alla Corte costituzionale v. più specificamente P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, 759 e ss. Il dibattito ha visto, in verità, schieramenti di opinioni contrastanti, per lo più contrarie all’introduzione del ricorso diretto. In particolare, più di recente, sulle perplessità circa l’introduzione di un simile ricorso espresse dalla dottrina e dall’A. stesso si può rinviare a P. PASSAGLIA, *Sull’inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)*, in R. TARCHI (a cura di), o cit., 323. Sull’opportunità di introdurre anche nel nostro sistema il ricorso diretto di costituzionalità, si possono, in particolare, leggere le opinioni espresse dal Presidente della Corte costituzionale, Valerio Onida in occasione della Conferenza stampa del 20 gennaio 2005 ([http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Relazione%20breve%20 Onida pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Relazione%20breve%20Onida.pdf)).

⁷ Sul punto e, più in particolare, sui margini di tempo ‘dilatatori’ che la Corte costituzionale potrebbe decidere allo “scopo di consentire al legislatore di porre rimedio al vizio lamentato”, si rinvia a L. PEGORARO, *La corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, 1987, 103. In termini più ampi sui profili processuali e sostanziali relativi alla Corte come giudice *a quo*, L. CARLASSARE, *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice “a quo” e sui giudizi di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 840 e ss., nonché V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, II, 1984, 2a ed., 276.

⁸ Secondo l’[art. 27, legge n. 87 del 1953](#), la Corte costituzionale, «quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell’impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime».

⁹ Una deroga è espressamente prevista nello stesso succitato art. 27, nella sua seconda parte laddove si dispone che la Corte «dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata». Un esempio recente dell’utilizzo dell’illegittimità costituzionale consequenziale si può rinvenire così nella [sentenza n. 333 del 2009](#). La Corte oltre a dichiarare «l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell’azione penale» ha dichiarato l’illegittimità consequenziale dell’art. 516 del codice di procedura penale: ciò in particolare, in applicazione dell’[art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87](#), “nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell’azione penale”.

In questi casi la Corte costituzionale riconoscendosi, talora ‘esplicitamente’, la “qualità di giudice a quo”¹⁰ ammette cioè la propria legittimazione a sollevare innanzi a sé stessa questioni di legittimità costituzionali non sollevate dal giudice comune, attribuendosi il ruolo di

“remittente” quale giudice agente nel corso di un giudizio.

E’ questa l’ipotesi, peraltro, in cui potrebbe rientrare il caso sottoposto all’attenzione della Consulta chiamata a risolvere – nuovamente – una questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina del sistema elettorale¹¹. Il 24 gennaio 2017 il giudizio potrebbe ben chiudersi con un’ordinanza di autorimessione. Anzi, per la verità, contro ogni timore di pronostici errati, questa “dovrebbe” essere *sic et simpliciter* la temporanea risoluzione della questione in attesa della decisione sulla questione da essa stessa sollevata e ritenuta ‘rilevante’ per la definizione del giudizio davanti ad essa pendente.

Cambiando l’orientamento iniziale che ‘sembrava’ avverso a un controllo oltre la norma censurata¹², la Corte stessa afferma da lungo tempo che, in questa ipotesi, “secondo costante giurisprudenza” essa “può e deve”¹³ sollevare tali questioni avente ad oggetto una norma diversa da quella impugnata e deciderle con gli effetti previsti dall’art. 136 Cost.

D’altronde, gli estremi perché la Consulta attivi davanti a sé l’incidente di costituzionalità ricorrono tutti nel caso di specie.

La “questione rilevante” ai fini della definizione della questione principale promossa dal remittente – su cui si dirà in seguito – presenta entrambi i caratteri ritenuti essenziali per l’autorimessione dalla Consulta stessa: la natura “pregiudiziale” e quella “strumentale” rispetto alla emananda decisione, “nel senso che la sua (loro) soluzione sia indispensabile per la decisione della questione principale”¹⁴.

Insomma qui è la “necessità” della risoluzione della questione ritenuta ‘rilevante’ di cui si pone in dubbio la legittimità costituzionale a dover spingere la Consulta ad emettere un’ordinanza di autorimessione con l’effetto di differire l’adozione della pronuncia (caducatoria?) rispetto alla data prevista e così consentire al legislatore di eventualmente risolvere esso stesso la questione sollevando, nel contempo, la Corte da un ruolo di supplenza che da anni l’attanaglia.

2. Il caso specifico: ricostruzione di un vicenda ‘paradossale’

I primi ricorsi sono stati presentati nel novembre-dicembre del 2015 *ex art. 702-bis c.p.c.*¹⁵ e avevano ad oggetto l’accertamento del diritto di votare in conformità della Costituzione.

¹⁰ Si veda, *ex plurimis*, [Corte cost., ord. n. 354/1983](#), laddove, successivamente alla pronuncia dell’ordinanza, in considerazione dell’entrata in vigore di una legge capace di incidere sul giudizio costituzionale in corso, si ritiene “necessario da parte della corte, in qualità di giudice *a quo*, un nuovo esame della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, in considerazione delle norme sopravvenute”

¹¹ Oggetto di giudizio è la legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge elettorale 6 maggio 2015, n.52 (‘Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati’)

¹² Questo orientamento è stato dedotto dalla lettura delle parole della Corte, in particolare laddove essa sosteneva che “la sua decisione, concernendo la norma in sé, concorre non tanto alla interpretazione ed alla attuazione, quanto all’accertamento della validità delle norme dell’ordinamento e, quando ne dichiara la illegittimità costituzionale, ha - come é noto - efficacia *erga omnes*. É pertanto da respingere l’opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali”. Tuttavia l’interpretazione che vorrebbe da tali ‘sporadiche’ affermazioni e da quelle espresse in un’altra ordinanza (12 novembre 1965, n. 73), escludere il potere della Corte di proporre questioni di legittimità costituzionale è posta in dubbio da V. CRISAFULLI, *Postilla all’ordinanza 12 novembre 1965, n. 73*, in *Giur. cost.*, 1965, 1218 e ss.

¹³ Così, espressamente, [Corte cost. 12 novembre 1974, n. 259](#).

¹⁴ [Corte cost., ordinanza 22 dicembre 1961, n. 68](#).

¹⁵ Le questioni di costituzionalità sono state sollevate tramite un’azione di accertamento di diritti costituzionali attraverso il ricorso con rito sommario quando non è necessaria istruttoria. L’esigenza di arrivare davanti alla Corte costituzionale in tempi più brevi al fine di evitare che la legge elettorale fosse concretamente applicata ad un rinnovo del Parlamento, spinse nella maggioranza dei casi - 20 su 22 - a fare ricorso al rito sommario previsto dall’art. 702-*bis* c.p.c. rispetto ai due atti di citazione. Nei cinque giudizi innanzi alla Corte cost., che ne sono scaturiti, si sono costituiti oltre

Ripercorrendo l'iter conclusosi positivamente nei confronti della legge n. 270/2005 (conosciuta come legge Calderoli o *Porcellum*) con le [sentenze della Corte costituzionale n. 1/2014](#)¹⁶ e della Prima Sezione Civile della Cassazione n. 8878/2014¹⁷, si sono riproposte nuove istanze contro la legge elettorale n. 52/2015 denominata comunemente *Italicum*. Tuttavia, proprio l'esperienza maturata nella prima azione giudiziaria ha spinto i cittadini elettori interessati e i loro avvocati¹⁸ ad innovare la strategia giudiziaria: si è deciso di instaurare una pluralità di giudizi in più Tribunali delle città capoluogo di distretto di Corte d'appello per osservare il privilegio del foro erariale previsto dall'art. 25 c.p.c., che impone la competenza dei tribunali ove abbia sede l'Avvocatura distrettuale dello Stato¹⁹. Questa scelta, imposta dalle vicende processuali relative alla precedente legge elettorale, ha tuttavia mostrato le "zone d'ombra" del procedimento incidentale e la sua possibile "dispersione di garanzie"²⁰. Sia pure per brevi cenni è necessario perciò qui richiamarla.

Il giudizio, iniziato nel 2008 con un atto di citazione innanzi al Tribunale di Milano poi rigettato, con la sentenza della Prima sezione civile n. 5330/2011, per manifesta infondatezza delle eccezioni di costituzionalità prospettate dai ricorrenti, era stato instaurato dopo l'esito negativo dell'impugnazione del decreto presidenziale di indizione dei comizi elettorali per il rinnovo del Parlamento nel 2008 innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa e precisamente il TAR Lazio e il Consiglio di Stato²¹. Alcun successo sortì poi anche il ricorso presso la Corte d'appello di Milano che

che i ricorrenti/ attori nei giudizi *a quo*, anche altri soggetti ricorrenti in altri giudizi, aventi lo stesso oggetto, quali intervenienti giacché "titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio", cioè l'accertamento del loro diritto di votare in conformità alla Costituzione (così, anche [Corte cost. sent. 7 luglio 2006, n. 279](#)).

¹⁶ Con la [sentenza n. 1 del 13 gennaio 2014](#) la Corte costituzionale, dopo un lungo periodo di inerzia del legislatore nonostante il monito indirizzatogli dalla stessa Corte con le [sentenze nn. 15 e 16 del 2008](#), prende una posizione netta sul sistema elettorale e partendo dalla sua ricostruzione alla luce della forma di governo parlamentare e della garanzia dei diritti di partecipazione politica del cittadino, dichiara parzialmente illegittima la legge elettorale approvata con la legge n. 270/2005. Sulla sentenza, v., tra gli altri, F. ANCORA, *Sulla legge elettorale*, in *Giur. amm.*, 2013, n. 4, 464 e ss.; C. CONSOLO, *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della «qualità» ed «effettività» del diritto elettorale*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, n. 1, 7 e ss.; R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Il Foro italiano*, 2014, 677 e ss.; G. M. SALERNO, *La sentenza a «doppio registro» sulle leggi elettorali delle Camere*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, n. 3, 301 e ss. e, ancora dello stesso A., *In base all'applicazione dei principi irretroattivi il Parlamento è legittimo e continua a operare*, in *Guida al diritto*, 2014, n. 5, 101 e ss.; V. BALDINI, *La sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale: non solo effetti caducatori ma anche principi ricostruttivi per una nuova disciplina elettorale*, in [dirittifondamentali.it](#), 1-2014. V., inoltre, *Dibattito sulla sentenza n.1 del 2014, dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n.270 del 2005*, in [Osservatorio AIC](#) (con interventi di L. CARLASSARE, S. BARTOLE, G. AZZARITI, R. BIN, G. BRUNELLI, A. CAPOTOSTI, A. CERRI, M. DOGLIANI, T. F. GIUPPONI, F. LANCHESTER, V. ONIDA, F. RIMOLI, R. ROMBOLI, G. M. SALERNO, F. SORRENTINO, S. STAIANO); GLI SCRITTI DI M. ARMANNI, B. CARAVITA, R. DICKMANN, pubblicati in [Federalismi.it](#); nonché gli AA.AA. reperibili in [Forum di Quaderni costituzionali](#); un'ampia rassegna di dottrina sulla sentenza è ancora reperibile in questa stessa [Rivista sub dec. 1/2014](#).

¹⁷ Sull'ammissibilità della questione innanzi alla Corte di cassazione si è espressa ampia dottrina, talvolta con parere positivo – v., *ex plurimis*, C. PADULA, [Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità](#), in questa [Rivista, Studi 2013](#) (06.09.13); A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in [Nomos](#), 1/2013 – talora con motivate critiche – P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente Ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, [ibid.](#); E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte Costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in [Rivista AIC](#), 4/2013.

¹⁸ Gli atti di promovimento nel loro complesso hanno coinvolto oltre 100 avvocati e alcune centinaia di cittadini elettori, tra cui una quarantina di parlamentari in carica.

¹⁹ Il promovimento presso più Tribunale è stato, in definitiva, dettato anche dalla convinzione che così potessero aumentare le probabilità di una rimessione alla Corte costituzionale prima che la legge elettorale trovasse applicazione, rinviata al 1° luglio 2016, come disposto dal suo art. 1 c. 1 lett. i).

²⁰ Così, A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, [cit.](#)

²¹ TAR Lazio, sez.II-bis sentenza n. 1855/2008 e Cons. Stato, sez. IV decisione n. 1053/2008, tutte motivate con la carenza assoluta di giurisdizione. Questo orientamento è stato riconfermato, in occasione dell'impugnazione del decreto di convocazione dei comizi elettorali relativi alle elezioni politiche svoltesi il 24-25 febbraio 2013, dal Tar Lazio, sez. II bis, con la sentenza n. 5163 del 22/5/2013. Eppure, il legislatore con la norma di delegazione ex art. 44, c. 2 lett. d) legge n.69/2009 aveva previsto l'impugnazione innanzi al giudice amministrativo delle operazioni elettorali preparatorie di

confermò la sentenza del giudice monocratico con la sentenza n.1419/2012. Soltanto ben cinque anni dopo la questione è stata rimessa dalla Cassazione²² alla Corte costituzionale. L'esito di quel processo, per quanto soddisfacente con l'annullamento parziale sia del premio di maggioranza, che delle liste bloccate, non ebbe conseguenze sulla composizione del Parlamento (stante quanto dispone l'art. 66 Cost.) che poté in tal modo licenziare una nuova legge elettorale (sia anche riguardante la sola Camera dei deputati). I dubbi di costituzionalità su quest'ultima legge si sono però riproposti.

A fronte dei precedenti giurisprudenziali, si è scelto così di attivare i nuovi ricorsi in numero elevato per arrivare per questa via più celermente al giudizio di costituzionalità. Sul solco precedente si continua, per altro verso, ad ampliare l'accesso alla giustizia costituzionale come corroborato peraltro da una certa apertura in tal senso della Corte di cassazione²³ e della stessa Consulta²³. Nel caso antecedente relativo alla legge elettorale delle Camere del Parlamento, quest'ultima ha negato la carenza di interesse dei ricorrenti ritenendo ammissibile la questione di legittimità costituzionale, "indipendentemente da atti applicativi della stessa [legge], in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante"²⁴ e aprendo così la via a un controllo di costituzionalità "quasi astratto"²⁵.

Tornando all'*iter* processuale attuale, l'iniziativa giudiziaria ha visto l'emissione di cinque ordinanze di remissione da parte di cinque tribunali - in ordine temporale Messina seguita poi da Torino, Perugia, Trieste e infine Genova^{26,27} - con una prima fissazione d'udienza al 4 ottobre 2016 delle prime due, rinviata d'ufficio al 24 gennaio 2017. In data 4 gennaio 2017, infine, grazie ad un provvedimento di dimidiazione dei termini *ex art. 9 legge cost. n. 1/1953*, è stata fissata la trattazione di tutte le cinque ordinanze nella stessa pubblica udienza del 24 gennaio 2017. Non si può negare, in questo quadro, il ruolo di apripista che ha avuto il tribunale di Messina, 'incoraggiando' anche gli altri tribunali ad accogliere le doglianze. Proseguendo l'orientamento della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sotto il profilo sia processuale sia sostanziale, il giudice messinese ha portato alle estreme conseguenze le conclusioni giurisprudenziali precedenti ritenendo la legge n. 52 del 2015 impugnabile dinanzi alla Corte costituzionale indipendentemente non solo dalla sua applicazione, ma anche dall'astratta possibilità che diventi tale, per il solo fatto che sia vigente²⁸.

Tuttavia, se in questo assetto innovato dalla pluralità di ricorsi, il rinvio al vaglio della Consulta è stato più veloce, si è anche messo in evidenza le forti contraddizioni del sistema di giustizia italiano.

Camera e Senato. Tale previsione non è stata accolta dal governo nel d.lgs n. 104/2010 di approvazione del c. a. nella parte relativa al contezioso elettorale, artt. 126 e ss.

²² Cass. ord. n. 12060 del 17 maggio 2013. Sul fatto che la Cassazione avrebbe così introdotto, in via giurisprudenziale, «un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale», v. R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, I, 1836 ss. Sulla preoccupazione della rottura, per via giurisprudenziale del

"solido ormeggio alle regole, necessariamente rigide, dell'incidentalità", si veda anche R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in *Forum di Quaderni Costituzionali* ²³ Con ord. n. 12060 del 2013 e sent. n. 8878 del 2014.

²³ Vedi, in particolare, G. ZAGREBELSKY, *Un anno di Parlamento abusivo*, in *Giur. cost.*, n. 3/2014. Sull'ampliamento dell'accesso teso a tutelare i diritti, v. in termini positivi, C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, cit.. Dubbi in merito sono invece espressi, in particolare, da E. CATELANI, "Due pesi e due misure" nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere, in *Academia-*

²⁴ *Corte cost. 1/2014*. In precedenza, peraltro, anche la Corte di Cassazione remittente aveva ben dichiarato che l'interesse ad agire dei cittadini elettori sussiste "in qualunque momento" rispetto alla legge elettorale, se essa leda il diritto di voto "inviolabile e permanente".

²⁵ Così, M. COSULICH, *Nota editoriale, Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in *Osservatorio AIC*, 2016

²⁶ Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016, n. 69/2016 Reg. Ord. (*G.U.* 06/04/2016 SS n. 14), Tribunale di Torino del 5 luglio 2016, n. 163/2016 Reg. Ord. (*G.U.* 27/07/2016 1 SS. n.30), Tribunale di Perugia del 3 settembre

²⁷, n. 192/2016 Reg. Ord. (*G.U.* 12/10/2016 SS n. 41), Tribunale di Trieste del 5 ottobre 2016, n. 265/2016 Reg. Ord. (*G.U.* 14/12/2016 SS n. 50) e Tribunale di Genova del 16 novembre 2016, n. 268/2016 Reg. Ord. (*G.U.* 14/12/2016 SS n. 50), in questa *Rivista*, *Selezione di casi pendenti davanti alla Corte costituzionale*.

²⁸ Punto 3.4: "l'azione in esame, proposta da cittadini elettori, titolari, quindi, del diritto di elettorato attivo (v. certificati elettorali prodotti) e, conseguentemente, legittimati ad agire secondo quanto prima evidenziato, è ammissibile in astratto" (in dottrina si veda, specificamente, M. COSULICH, *Nota editoriale*, cit.

Sui 22 tribunali aditi solo cinque hanno ritenuto che la questione meritasse una valutazione dell'organo garante della Costituzione. Addirittura qualche organo giudiziario ha mostrato scarsa attenzione: due ricorsi, quelli di Milano e Ancona, sono stati dichiarati inammissibili per essere stati presentati prima del 1° luglio 2016 - ritenuta come data della effettiva operatività della legge, in luogo del 23 maggio 2015 - mentre un altro è stato ritenuto infondato dal Tribunale di Catanzaro nientemeno in data successiva - 25 giugno 2016 - all'ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016²⁹. Tutti gli altri ricorsi si sono invece arenati in varie fasi di trattazione a seguito di rinvio motivato con il giudizio della Corte costituzionale e/o del *referendum* costituzionale, ovvero, di scioglimento della riserva.

Il rinvio si è rivelato peraltro decisamente inferiore, rispetto alle aspettative, non solo per il numero di tribunali, ma anche per i motivi di rimessione³⁰, mostrando anche sotto questo profilo una certa incoerenza degli esiti e differenza di vedute tra i giudizi.

Ben tre ordinanze – sulle cinque che hanno rinviato la questione alla Corte - hanno ritenuto non manifestamente infondate soltanto due doglianze. A fronte della messa in discussione da parte dei ricorrenti della figura stessa del capolista con elezione assicurata nel caso del raggiungimento da parte della lista di appartenenza di un quoziente elettorale nel collegio e della possibilità di pluricandidature³¹ (inibita agli altri candidati con voto di preferenza), i giudici di Torino, Perugia e Trieste hanno rinviato alla Consulta le questioni relative solo al premio di maggioranza assegnato in seguito al ballottaggio e alla libertà di scelta del collegio di elezione del capolista, eletto in più collegi, teoricamente fino a dieci. Soltanto le ordinanze di Messina e Genova hanno rimesso alla Corte costituzionale una più ampia casistica di profili di incostituzionalità che tuttavia nell'economia di questo articolo non mette conto di trattare. Si può solo dire che le eccezioni di legittimità costituzionale sollevate, in particolare dal Tribunale di Messina, riprendono in maniera pedissequa quelle accolte dalla Consulta nel 2014, compresa la questione del premio di maggioranza qui anche al primo turno con il superamento della soglia del 40% dei voti validi espressi (anziché degli elettori). Non superano invece lo scoglio della ammissibilità tutte quelle questioni di costituzionalità che rientrando, a parere dei giudici, nella discrezionalità politica del legislatore non vanno a violare direttamente l'esercizio del diritto di voto del cittadino³² (purché si tratti di scelte “non irragionevoli” e conformi al “principio democratico” come la stessa Corte aveva evidenziato).

3. La ratio della “autorimessione”

Seppure l'autorimessione non è prevista da alcuna norma costituzionale e quindi è ammessa solo per via giurisprudenziale dalla stessa Consulta, qui è il principio di razionalità e di noncontraddizione del sistema a far ritenere che la Corte continui comunque ad agire entro i limiti del potere di interpretazione delle regole processuali e della loro integrazione grazie alla propria giurisprudenza “creativa”³³.

²⁹ Ordinanza n. 69/2016, [cit.](#)

³⁰ Il ricorso prevedeva invero ben 13 eccezioni di costituzionalità della legge n. 52/2015 e una relativa ad una parte non annullata della legge n. 270/2005, sulle soglie di accesso per il Senato.

³¹ Su questo aspetto specifico, v. L. TRUCCO, [Candidature multiple e Italicum](#), in *Forum di Quaderni Costituzionali* (18 giugno 2015), 738 e ss.

³² Su questo punto e per un'analisi puntuale delle questioni si veda, M.R. MAGNOTTA, *La linea sottile tra efficacia ed effettività. Riflessioni a margine dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina del 16 febbraio 2016*, in [Nomos](#), 2/2016

³³ Su questo punto e sul riconoscimento di un potere normativo rispetto al proprio processo, con i limiti “oltre i quali le regole processuali cesserebbero di potersi considerare come tali, con una inevitabile ricaduta sulla stessa legittimazione della Corte nel sistema, la quale trova in larga misura fondamento proprio sulla presenza di regole processuali e sul rispetto delle medesime”, v. interessante saggio di R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, 2016 e ss.

Le ragioni che giustificano la ‘terza via’ dell’autorimessione si mostrano invero coerenti con l’idea di circuito chiuso del sistema di giustizia costituzionale³⁴.

A tutela dell’autonomia e dell’indipendenza dell’organo di giustizia costituzionale, l’art. 137 cost, comma 3 sancisce che “contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione”, precludendo la possibilità per altri organi di sindacare le decisioni della Corte³⁵. E’ allora seguendo questa *ratio* che la Corte, quale ultimo giudice, ha ritenuto di non potersi esimere dal rimettere innanzi a sé, in via incidentale, una questione di legittimità costituzionale qualora dubiti della sua incostituzionalità. Il fine evidente è quello di evitare il paradosso³⁶ di un giudizio finale del giudice delle leggi esso stesso incostituzionale e per giunta non oppugnabile: questa situazione assurda si potrebbe ben verificare laddove la Consulta si trovi a dare applicazione a un’altra norma non oggetto del giudizio che sospetti incostituzionale ma che è tenuta “necessariamente ad applicare nell’iter logico per arrivare alla decisione sulla questione che le è stata proposta”³⁷.

La prima pronuncia³⁷ - l’[ordinanza n. 22/1960](#), relativa a un conflitto di attribuzioni - in cui la Corte si autoattribuisce il ruolo di giudice *a quo* è lapidaria³⁸ in tal senso: “non può ritenersi che proprio la Corte - che é il solo organo competente a decidere delle questioni di costituzionalità delle leggi - sia tenuta ad applicare leggi incostituzionali, e neanche che, nell’ipotesi di incostituzionalità delle leggi che regolano la materia, possa e debba disapplicarle, senza mettere in moto il meccanismo (di portata generale e necessaria nel vigente ordinamento) destinato a condurre, se del caso, con le debite garanzie di contraddittorio, alla eliminazione, con effetti *erga omnes*, delle leggi incostituzionali”. Diverse altre sentenze sono così seguite. Da lì a poco infatti la Corte si riconosce il ruolo di giudice *a quo* non solo nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni^{39,40} ma anche in altri casi come quello del giudizio sulle leggi promosso in via incidentale – per la verità molto più

³⁴ D’altronde questo è ben conforme anche con l’idea kelseniana di sistema. Insomma, la Corte è organo di chiusura del sistema costituzionale e questo spiega perché contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione. V., specificamente, G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, 2013, 9 (reperibile on line: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf).

³⁵ Per ovvie ragioni di autonomia dell’organo costituzionale, il principio di inoppugnabilità “mira istituzionalmente ad escludere che le decisioni della Corte possano essere soggette ad impugnazione in senso tecnico”, cioè ad impugnazione rivolta ad un’autorità diversa dalla Corte. Cfr. L. COMOGLIO, *Inoppugnabilità e limiti di correzione delle pronunzie costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1991, 1530. Ciò non esclude tuttavia il poterdovere della Corte di rivedere le proprie decisioni “limitatamente alla correzione degli errori meramente materiali” e alla reintegrazione di eventuali omissioni, nonché infine nel caso di revisione delle sentenze di condanna adottate nel processo penale costituzionale. Sul punto, in maniera ampia, v. A. SACCOMANNO, *La Corte Costituzionale fra organizzazione e procedimento. Principi, norme e regole di organizzazione*, Maggioli, Rimini, 1997, 197 e ss.

³⁶ Così, G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale*, cit.

³⁷ [Corte cost., sent. 20 maggio 1976, n. 122](#).

³⁸ Per una ricostruzione delle pronunce della Corte giudice *a quo*, v. anche F. MARONE, *Appunti su corte costituzionale giudice a quo e giudizio di ammissibilità del referendum*, in [Federalismi.it](#).

³⁹ [Corte cost. 9 aprile, 1960, n. 22](#), su cui v. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice «a quo»*, in *Giur. cost.*, 1960, 212. Qui, all’attenzione della Corte si poneva in particolare un conflitto di attribuzioni tra lo Stato e la Regione Sicilia, nel corso del quale la Corte, dubitando della legittimità costituzionale di una legge decise di rimetterla dinanzi a se stessa per il controllo incidentale, stabilendo chiaramente che il fatto di “non aver agito in tempo utile a tutela del proprio ordinamento, mediante l’impugnativa in via principale di una legge altrui lesiva di esso, non può precludere, rispettivamente allo Stato e alle Regioni, la possibilità di difendere in giudizio le posizioni giuridiche loro spettanti in quanto soggetti dell’ordinamento, anche se per la realizzazione di tale difesa si imponga la necessità di sollevare un incidente di legittimità costituzionale nei confronti della legge a suo tempo non impugnata in via principale”. Esposito, pur esprimendosi in termini positivi sulla decisione della Consulta, non ritiene tuttavia condivisibile la volontà di decidere nella stessa udienza la questione di legittimità sollevata da essa stessa e la questione promossa innanzi al giudice a quo. In termini critici si esprime invece B. CARAVITA, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 51 che ritiene poco opportuno che la questione sia avanzata da un organo non giurisdizionale innanzi al quale non si sta decidendo una controversia, ma tenuto a garantire la corretta attuazione della Costituzione.

⁴⁰ L’ultima ordinanza in proposito, inserendosi in giudizio per conflitto di attribuzioni proposto dalla Regione siciliana è datata al 2001, [ordinanza n. 42 del 2001](#) cui ha fatto seguito il [sentenza n. 288 del 2001](#).

numerosi rispetto ai conflitti di attribuzione⁴¹ - giacché: “le ragioni che giustificano tale principio nei giudizi per conflitto di attribuzione valgono pure rispetto ad ogni altro procedimento davanti alla Corte, potendosi presentare anche in tali altri giudizi la necessità di risolvere una questione di legittimità costituzionale pregiudiziale alla definizione della questione principale in questa sede, come strumentale alla decisione”⁴². Non ha mancato così di esercitare il potere di autosollevazione delle questioni ‘rilevanti’ anche nei conflitti di giurisdizione-competenza⁴³ sino ad arrivare alla recente e [ultima ordinanza](#), a quanto ci risulta, del 2014⁴⁴ che ha visto la sua conclusione con la [sentenza n. 255/2014](#). Qui il giudice delle leggi, supponendo ancora una volta all’inerzia del legislatore, si è trovata costretta ad adeguare, anche in Sicilia, il controllo di costituzionalità degli atti normativi statali e regionali al modello tracciato dalla Costituzione, applicando il procedimento di cui all’art. 127 Cost., in applicazione della clausola «di maggior favore» contenuta nell’art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001⁴⁵.

⁴¹ La prima ordinanza nell’ambito di un giudizio incidentale risale al [12 novembre, 1965 n. 73](#). Con questa pronuncia la Corte dispose la sospensione del giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 4, secondo comma, del R.d.l. 5 marzo 1942, n. 186 (promosso dalla Commissione provinciale delle imposte dirette e indirette di Ascoli Piceno perché ritenuto lesivo degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione) e contestualmente, rinviando il giudizio, stabilì la “trattazione davanti alla Corte stessa della questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, secondo comma, n. 5, e 3, secondo comma, della legge 5 luglio 1965, n. 798, (...) riguardanti la previdenza e assistenza forense, nella parte in cui vengono menzionati i procedimenti davanti alla Corte costituzionale e le sentenze della stessa Corte, in riferimento al principio costituzionale dell’assoluta gratuità degli atti del procedimento davanti alla Corte costituzionale, desumibile dagli artt. 134 e 137 della Costituzione (...). Ne seguì poi l’[ordinanza n. 230 del 10 ottobre 1975](#), ove riuniti i diversi giudizi incidentali relativi al cosiddetto cumulo familiare, sollevò davanti a sé la questione di legittimità costituzionale di un’altra disposizione non impugnata da alcuna ordinanza che sembrava violare gli artt. 3, 29 e 24 della Costituzione. In questo caso la Consulta adottò la tecnica dei “termini dilatori”. La discussione ebbe luogo infatti ben un anno dopo volendosi così dare il tempo al legislatore di modificare la normativa di dubbia costituzionalità. La fiducia nel dialogo col legislatore fu tuttavia mal posta trovandosi in seguito la Consulta a dover dichiarare incostituzionale la normativa “che non veniva modificata, se non in parte e *pro futuro*”. (Su questo punto e sulla dilatazione dei termini processuali, v., in particolare, S. SCAGLIARINI, *Il tempo della Corte. L’uso del fattore temporale nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale tra «effettività» e «seguito» della decisione*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – VERONESI, *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 197 ss. e anche R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 2007, 84 e ss.). Altre ordinanze emesse in giudizi incidentali sono seguite: [21 dicembre 1983, n. 354](#) (la questione rilevante promossa innanzi a sé era relativa alla disparità di trattamento tra sessi in caso di acquisizione della cittadinanza col matrimonio), [20 giugno 1984, n. 179](#) (laddove la questione autopromossa verteva sulla tassabilità delle indennità di fine rapporto erogate ai dipendenti pubblici. Per un commento in merito v., B. CARAVITA, *Appunti*, cit.) e ancora ordinanza [n. 447 del 23 giugno 1993](#) sugli assegni vitalizi percepiti da determinate categorie di soggetti (senatori, deputati ed equiparati).

⁴² [Corte cost., ord. 73/1965](#), cit.

⁴³ [Sentenza n. 259, 12 novembre 1974](#) relativa al sorteggio dei sedici giudici aggregati, laddove la Corte “sollevava dinanzi a se stessa, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata, questione di legittimità costituzionale della norma testé menzionata e sollevava altresì, d’ufficio, questione di legittimità costituzionale dell’altra norma risultante dallo stesso art. 11, secondo comma, prescrivente che la decisione sulla competenza debba aver luogo «sentito un rappresentante della Commissione inquirente», e non anche l’autorità giudiziaria, per contrasto con gli artt. 24 e 134 della Costituzione” (sulla complessiva vicenda, v. P. COSTANZO, *Brevi note sulla procedura parlamentare di accusa*, in *Rass. parlam.*, 1975, 3 ss.)

⁴⁴ [Ordinanza n. 114 del 5 maggio 2014](#), ove la Corte solleva innanzi a sé questione di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 127 della Costituzione e all’art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, dell’art. 31, comma 2, della [legge 11 marzo 1953, n. 87](#), limitatamente alle parole «Ferma restando la particolare forma di controllo delle leggi prevista dallo statuto speciale della Regione siciliana». Per un commento in merito si veda F. GIUFFRÈ, *Verso la fine della giustizia costituzionale ‘alla siciliana’*, in [Federalismi.it](#); A. RUGGERI, [Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane \(“a prima lettura” di Corte cost. n. 114 del 2014\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2014](#) (08.05.14); G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, [Disapplicazione, in nome della clausola di maggior favore, delle norme dello statuto siciliano relative all’impugnazione delle leggi regionali ed effetti sui ricorsi pendenti](#), [ivi](#) (15.07.14).

⁴⁵ Come del resto già accaduto avendo la Consulta esteso “progressivamente il regime di controllo sulle leggi delle Regioni a statuto ordinario previsto dall’art. 127 Cost. alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, atteso che «la soppressione del meccanismo di controllo preventivo» e l’applicazione della disciplina costituzionale richiamata «si traduce in un ampliamento delle garanzie di autonomia» ([sentenza n. 408 del 2002](#); nonché [ordinanza n. 377 del 2002](#)) e «realizza una forma più ampia di autonomia» ([sentenza n. 533 del 2002](#))”.

4. La questione rilevante.

Se la legge elettorale, almeno prima della [sentenza del 2014](#), costituisce un “macroscopico esempio di zona d’ombra”⁴⁶, anche l’eccezione che la Consulta potrebbe promuovere innanzi a se stessa può rientrare in questo caso, ovvero: tra quelle “zone franche” nel sistema di giustizia costituzionale che la stessa vuole evitare si creino “proprio in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato”⁴⁷. In coerenza con questa nuova linea, la Consulta potrebbe così spostare la propria attenzione, con sorpresa di molti, dai vizi sostanziali a quelli formali, di certo avente natura “pregiudiziale” e “strumentale” rispetto alle questioni sollevate dai giudici *a quo*, andando a porre in dubbio l’esistenza di un *error in procedendo*. Il dubbio di legittimità costituzionale potrebbe cioè riguardare la ‘formazione’ della legge e quindi la legge ‘nel suo complesso’, senza dubbio, questione comprensiva ed assorbente rispetto alle singole questioni di legittimità costituzionali principali.

In violazione dell’art. 72, nel suo combinato disposto dei commi 1 e 4, che prescrive il ricorso al procedimento “normale” per l’approvazione di leggi in materia elettorale, la legge n. 52/2015 è stata approvata alla Camera dei Deputati consentendo tre voti di fiducia a richiesta del Governo al Senato grazie a forzature procedimentali⁴⁸. Peraltro, la procedura normale impone, nel rispetto del regolamento, “l’esame di una commissione e poi dalla Camera stessa, che l’approva articolo per articolo e con votazione finale”, laddove nel caso di specie, invece il procedimento sembrerebbe aver visto l’intervento della commissione referente solo nel caso della Camera e non anche del Senato. Qui, procedendo per gradi, più sono i punti in rilievo.

In primo luogo, l’indubbia competenza della Consulta, con tendenza a rafforzarsi⁴⁹, a conoscere “le norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie (art. 70, 76, 77 Cost.)” e dunque l’*iter* di formazione della legge. A partire dalla storica [sentenza n. 9 del 1959](#)⁵⁰, il giudice delle leggi, smentendo un precedente orientamento della dottrina che riconosceva questo potere ai solo giudici comuni, ha stabilito, in più occasioni⁵¹, la propria competenza a controllare se il processo formativo di una legge si è compiuto in conformità alle norme con le quali la Costituzione direttamente regola tale procedimento⁵². Soggetto chiamato a sindacare “l’esistenza di vizi tipici della

⁴⁶ Così, M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli Torino, 2007, 25.

⁴⁷ [Corte cost. 1/2014](#).

⁴⁸ In data 28 aprile 2015 la ministra Boschi ha posto la questione di fiducia sugli artt. 1, 2, 4 del disegno legislativo in materia elettorale, approvati tutti senza voto sugli emendamenti.

⁴⁹ Così, con ampie motivazioni, P. PASSAGLIA, *Il presumibile aumento delle denunce di vizi procedurali e l’ampliarsi di una. «zona d’ombra» della giustizia costituzionale*, in [Federalismi.it](#)

⁵⁰ [Corte cost. 9 marzo 1959, n. 9](#). Con questa storica sentenza si superò l’antico timore legato all’insindacabilità degli “interna corporis acta” (per primo, v. G. BERTOLINI, *Appunti sull’origine e sul significato originario della dottrina degli «interna corporis»*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea Costituente. Le Camere. Istituti e procedure*, Vallecchi, Firenze, 1969 25-94), aprendosi la via di un effettivo controllo del procedimento legislativo. In dottrina, per i primi commenti v., C. ESPOSITO, *Caratteristiche essenziali (e comuni) dei testi unici delle leggi*, in *Giur. cost.*, 6/1961, 496-501; *ID.*, *Atti parlamentari*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, Vol. 4 (1959), 77-84.

⁵¹ Per una rassegna puntuale e commentata, si rinvia all’interessante saggio di P. PASSAGLIA, *Giustizia costituzionale e procedimento legislativo*, in V. COCOZZA – S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, Torino, Giappichelli, 2001, 309 e ss. L’A., distinguendo tra le decisioni relative alla fase dell’iniziativa, quelle connesse alla fase costitutiva sino ad arrivare alle decisioni sulla fase integrative dell’efficacia, offre una completa panoramica dell’orientamento giurisprudenziale in materia soffermandosi anche sulla natura degli atti regolamentari.

⁵² Su tale potere anche in merito alle leggi di conversione, vedi una recente sentenza, [Corte cost. 16 febbraio 2012, n. 22](#), laddove è affermato il principio per cui l’inserimento di disposizioni eterogenee, in sede di conversione di un decreto-legge, va a violare l’articolo 77 Costituzione, dovendo l’oggetto della conversione coincidere con la natura stessa delle fattispecie regolate nel decreto o con la finalità che il Governo ha inteso perseguire emanandolo. Per un commento

legge, compresi quelli procedimentali” è insomma soprattutto la Corte costituzionale, non potendo essere soggetta a valutazione dei giudici amministrativi⁵³.

Andando poi alla questione di fiducia, “vincolare” l’approvazione delle leggi alla “questione di fiducia” finisce con l’attribuire agli atti cui quella è sottoposta caratteri di specialità nettamente più marcati rispetto alle procedure speciali previste dall’art. 72 Cost. Diversi sono gli elementi che si possono citare in tal senso:

I) Innanzitutto sotto il profilo sostanziale: la fiducia incide sul diritto di voto dei parlamentari. La manifestazione del voto, infatti, non va a riguardare direttamente la norma in fase di approvazione, venendo piuttosto ‘spinta’ da valutazioni sulla politica generale del Governo e così “condizionata” dal fatto che la mancata approvazione del testo normativo aprirebbe le dimissioni del Governo;

II) In secondo luogo sotto il profilo formale/procedurale. Due sono qui gli elementi:

- il limitato esercizio della funzione legislativa. I parlamentari non hanno alcuna possibilità di modificare un disegno di legge “blindato” dalla fiducia, finendo col svolgere un potere decisionale ridotto a una mera attività di ratifica.

- la determinazione della “specialità”. Di norma ‘padrone’ dell’esercizio delle prerogative legislative, con il conferimento di poteri legislativi/redigenti alla Commissione, è lo stesso Parlamento mentre con l’apposizione della fiducia è un soggetto esterno al Parlamento, quale è il Governo, che determina la ‘specialità’ della procedura.

In ogni caso decisiva sulla natura speciale della questione di fiducia è una [pronuncia](#) emessa dalla stessa Corte costituzionale nel 1995⁵⁴. In questa sentenza il giudice delle leggi ha espressamente confermato la natura speciale della procedura di approvazione con la fiducia, stabilendo che “l’art. 72 Cost. affianca al procedimento ordinario di approvazione della legge alcuni procedimenti speciali, la cui disciplina viene affidata ai regolamenti parlamentari. Tra i procedimenti speciali non contemplati dalla Costituzione ma previsti e disciplinati in sede regolamentare possono essere ricompresi anche quello relativo all’approvazione dei disegni di legge di conversione dei decreti legge nonché quello concernente l’apposizione di *fiducia* da parte del governo sull’approvazione o reiezione di emendamenti ed articoli di progetti di legge”.

In quest’ottica l’art. 72 della Costituzione attribuisce, a ciascuna Camera, la facoltà di prevedere un regime speciale nel suo regolamento, quale può essere l’applicazione della procedura decentrata per l’approvazione di disegni di legge, “salvo per quelli per i quali l’ultimo comma dell’art. 72 prescrive come inderogabile la procedura normale” ([Corte cost. sent. 9/1959](#)).

5. Alcune prime (provvisorie) conclusioni

Utilizzando l’autorimessione a fini “dilatori” e “monitori”, la possibilità potrebbe essere allora quella che il Parlamento si senta costretto, nelle more, ad intervenire riconsiderando le proprie scelte politiche in merito alla trasformazione dei voti in seggi attraverso una legislazione più rispettosa pure degli indirizzi giurisprudenziali espressi in proposito. Un punto assai delicato potrebbe tuttavia essere qui quello dell’eventuale mancato intervento del legislatore⁵⁵ e quindi della normativa da applicare – per evitare la “paralisi” della funzionalità dell’organo, «anche soltanto teorica»⁵⁶ – in caso di

sintetico, ma puntuale, v. G. BUONUOMO, *Nei disegni di legge di conversione solo emendamenti «in tema»*, in *Guida agli enti locali*, 2012, n. 8.

⁵³ Corte cost., 11 giugno 1999, n. 226: “Detta fase legislativa, al contrario della precedente, non può essere oggetto del sindacato diretto del giudice amministrativo ed è soggetta al controllo di costituzionalità attraverso la verifica dell’esistenza dei vizi tipici delle leggi, compresi quelli procedimentali”.

⁵⁴ Corte cost. 26 luglio 1995, n. 391.

⁵⁵ Su questi aspetti si è soffermato in un interessante saggio anche M. SICLARI, *Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, ES, Napoli, 2016. 933 e ss.

⁵⁶ [Corte cost., sent. 3 febbraio 1987, n. 29](#), ma anche [sent. 4 febbraio 1993, n. 32](#), nonché [sentt. nn. 15 e 16 del 2008](#) e [n. 13 del 1999](#) “sull’auto-applicatività della normativa di risulta onde consentire in qualsiasi momento il rinnovo delle assemblee rappresentative”.

successiva pronuncia di illegittimità. Una soluzione potrebbe tuttavia venire dal fenomeno della reviviscenza. La normativa pregressa essendo stata oggetto di annullamento da parte del giudice costituzionale e non già di abrogazione con *referendum* - con “effetti diversi rispetto alla abrogazione – legislativa o referendaria – il cui «campo [...] è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale”⁵⁷ - potrebbe ben ritornare in gioco e così trovare nuovamente applicazione il *Consultellum*, ovvero la legge elettorale proporzionale risultante dalla [pronuncia](#) della Corte del 2014, rimasta in vigore per l’elezione della Camera fino alla sua sostituzione con la legge elettorale attuale e peraltro tuttora in vigore per l’elezione del Senato.

Le pronunce dei giudici rimettenti escludono tuttavia il vizio del procedimento di formazione della legge. In particolare, è il giudice di Genova, l’unico a soffermarsi con attenzione sulla questione, a chiudere fuori questa possibilità. Spostando l’attenzione della violazione dal parametro costituzionale a quella regolamentare⁵⁸, si afferma che la procedura di voto è avvenuta con le modalità indicate dall’art. 116 del Regolamento della Camera per la quale potrebbe essere esclusa la fiducia solo se la votazione è a scrutinio segreto (ma così non è stato), invece che per appello nominale⁵⁹.

In aperta contraddizione con la pronuncia pregressa della Corte costituzionale, si giunge così a sostenere che la procedura – pure se vincolata alla fiducia - “non si discosta, in termini sostanziali, dalla c.d. procedura “normale” prevista dall’art. 72 commi 1 e 4 Costituzione”.

Sovrapponendo la “sostanza” alla “forma”, ci sembra che in questo modo si vada però ben a discapito della forma, questa pure posta a tutela della stessa sostanza e quindi dello “effettivo” potere decisionale dei parlamentari⁶⁰, nel caso della fiducia invece condizionato e ‘falsato’: contro non solo la Consulta ma anche il c.d. “Lodo Iotti”⁶¹, la natura speciale è negata malgrado il parametro costituzionale ricavabile dall’art. 72 voglia legittimare la presenza – per dirla con le parole della stessa Corte - “affianco al procedimento ordinario di approvazione della legge” di procedimenti speciali derogatori. Tutto ciò con buona pace della materia elettorale, poco importando se per questa – come “per taluni disegni di legge”, secondo la stessa Consulta, “di particolare importanza”⁶² quali, tra

⁵⁷ [Corte cost. 12 gennaio 2012, n. 13](#). In dottrina, in particolare, T. F. GIUPPONI, *Davvero inammissibile il referendum elettorale “parziale”? La sent. n. 13/2012 della Corte costituzionale, tra “forma” e “sostanza”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); L. TRUCCO, *Note minime sul “prima e il “dopo” la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2012 di inammissibilità dei referendum in materia elettorale, ibid.* (2 aprile 2012); A. RUGGERI, [Davvero inammissibili i referendum elettorali per la \(supposta\) impossibilità di “reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare \(a prima lettura di corte cost. n. 13/2012\)](#), in questa [Rivista, Studi 2013](#) (31.01.12); M. RUOTOLO, *Un’inammissibilità annunciata. Commento a prima lettura di Corte cost., sent. n. 13/2012*, in [Federalismi.it](#); E. C. RAFFIOTTA, *Quale spazio per la reviviscenza di norme abrogate dopo la sentenza n. 13/2012?*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di). *Nel «limbo» delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, Giappichelli, 2012, 303 (e-book).

⁵⁸ Il dibattito sulla natura di questi atti, ovvero se integrativi e quindi parificabili alla costituzione o semplice fonte di attuazione è ampio e ha formato oggetto di attenta analisi in dottrina. Sull’esclusione dell’incorporazione e quindi della costituzionalizzazione dei regolamenti parlamentari nell’art. 72 Cost., v. C. MORTATI, *Efficacia delle norme dei regolamenti parlamentari sulla validità delle leggi*, in *Giur. vost.*, 3/1958, in particolare sottolineando come “ogni deroga alla disciplina regolamentare della materia dovesse ritenersi non influente sulla validità del procedimento legislativo”.

⁵⁹ Sul problema della norma regolamentare “di collegare il divieto di porre la questione di fiducia non già ad un omogeneo complesso di materie non riconducibili alla relazione fiduciaria, bensì ad un criterio come quello relativo alle modalità di votazione inidoneo a fornire un ancoraggio certo ai profili oggettivi dell’istituto”, si può peraltro vedere, G. RIVOSECCHI, *Regolamenti parlamentari del 1971, indirizzo politico e questione di fiducia: un’opinione dissenziente*, in [Costituzionalismo.it](#), 2009, 9.

⁶⁰ Cfr. PASSAGLIA, *La giustizia costituzionale*, cit., 304 a proposito della [sentenza della Corte costituzionale 391/1995](#) che sembrerebbe evidenziare, nella sua articolazione, una certa attenzione “verso la tutela della forma come garanzia della sostanza”.

⁶¹ Ove il Presidente della Camera, on. Iotti, riferì testualmente che “dopo aver consultato la Giunta per il Regolamento sui problemi regolamentari posti a seguito della dichiarazione del Governo di porre la questione di fiducia “la questione di fiducia, modificando in base all’art. 116 l’ordinario procedimento di discussione e di approvazione dei progetti di legge, dà vita ad un iter autonomo e speciale, come confermato dalla sua stessa collocazione nella parte terza del Regolamento” (v. resoconto stenografico seduta n. 211 del 25/09/1980).

⁶² In questi termini sempre la Corte costituzionale in un altro giudizio in cui, sostenendo che l’ultimo comma dell’articolo 72 “per taluni disegni di legge di particolare importanza, tra i quali quelli di «delegazione legislativa»,

l'altro, i disegni di legge costituzionale – proprio siffatta possibilità derogatoria viene negata in maniera espressa dall'art. 72⁶³.

La parola ultima qui deve essere tuttavia lasciata alla Corte. Spetta ad essa decidere quale “via” intraprendere.

prescrive che deve sempre essere adottata «la procedura normale», giunse a dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge sottoposta alla sua attenzione per violazione dell'art. 72, ultimo comma, della Costituzione ([sent. 10 aprile 1962, n. 32](#)). Altra pronuncia di illegittimità di norme non conformi alla procedura prescritta dall'art. 72, sia pure forzando il dettato letterale dell'art. 72, comma 4, che si riferisce alla legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, è quella adottata nel 1984 in merito una disposizione relativa ad un ordine di esecuzione del trattato ([sent. 19 dicembre 1984, n. 295](#)).

⁶³ Nel senso, della illegittimità costituzionale del ricorso alla questione di fiducia, si può leggere, peraltro, anche L. IMARISIO, *La nuova legge elettorale di fronte alla Consulta, tra questioni che tornano a bussare e questioni che restano fuori dalla porta*, in *federalismi.it* mentre sull'espedito procedurale adottato al Senato e dato dal ricorso allo strumento dell'«emendamento premissivo omnibus» tale da alterare il carattere «normale» del procedimento deliberativo e sulla sua illegittimità v. A. FALCONE, *La riforma elettorale alla prova del voto in Senato: il super-emendamento premissivo e il voto “bloccato” sulla proposta di legge*, in [Osservatorio AIC](#), 2015, 1, 8 ss.

Linda Ardizzone^o e Roberto Di Maria^o

L'ordinanza 149 del 2016 della Corte costituzionale:

un'occasione (mancata) per ripensare la struttura processuale – ed indi, la funzione – del giudizio per conflitto di attribuzioni fra Poteri dello Stato?*

SOMMARIO: 1. *La definizione dei (complessi) rapporti tra i Poteri dello Stato ed il loro bilanciamento attraverso il giudizio sui conflitti interorganici.* – 2.1. *Il “profilo soggettivo” del conflitto: breve esegesi giurisprudenziale dell’art. 37, l. 87/1953.* – 2.2. *La specificità del Potere legislativo.* – 3. *Corte cost., ord. 149/2016: il singolo parlamentare solleva conflitto di attribuzioni per tutelare il c.d. “giusto processo legislativo”.* – 4. *La “leale collaborazione”:* i Poteri legislativo, esecutivo e giudiziario come “articolazioni” della sovranità statale.

1. *La definizione dei (complessi) rapporti tra i Poteri dello Stato ed il loro bilanciamento attraverso il giudizio sui conflitti interorganici.*

«Sarà pure che il diritto non è il mondo delle grandi certezze, dei dati univoci e delle nozioni più stabili: tanto meno lo è il diritto costituzionale. Eppure, per quanto si possa essere consapevoli di ciò, il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione sorprende per la mancanza pressoché completa di elementi teorici univoci. Tutte le nozioni con le quali ha a che fare la teoria dei conflitti appaiono incerte»¹.

La materia che riguarda i conflitti di attribuzione tra i Poteri dello Stato ha dei confini labili, è fluida, e risolvere tali conflitti significa operare un bilanciamento tra le forze in gioco: le dinamiche che intercorrono tra le forze politiche racchiudono dei meccanismi particolari e provare a regolarne i rapporti è – a dir poco – complesso; inoltre la fitta rete di norme che disciplinano il conflitto di attribuzione tra Poteri non necessariamente è in grado di rispondere in maniera completa ed esaustiva alle diverse esigenze che si sono manifestate nel corso degli anni².

È opportuno osservare che il conflitto di attribuzioni tra i Poteri dello Stato ha natura “residuale”: rappresenta quindi una *extrema ratio*, ovvero uno strumento che si utilizza soltanto quando non è applicabile nessun altro rimedio.

Se l'[art. 37, l. 87/1953](#), statuisce – in termini apparentemente chiari – che «il conflitto tra poteri dello Stato è risolto dalla Corte costituzionale se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri dalla Corte costituzionale» quantomeno in una prima fase storica i profili soggettivo ed oggettivo, posti alla base del relativo procedimento, sono apparsi lacunosi: le soluzioni fornite sono state, pertanto, spesso prive di fondamenti certi di diritto positivo.

Per quanto riguarda il profilo strettamente soggettivo, è bene notare che esso nasce come “giudizio tra parti”; soltanto quelle “passive” sono individuate, però, direttamente dalla Corte: «il ricorso stesso diviene, quindi, utile riferimento documentale, funzionale ad una più precisa definizione delle parti del conflitto. Dovendo infatti contenere, tra le altre cose, l’indicazione dell’ufficio ricorrente nonché la specificazione dell’ufficio contro il quale viene sollevato il conflitto»³. È sotto questo profilo,

^o Dottoressa in Giurisprudenza, con lode, Università degli studi di Enna “Kore”.

^o Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Enna “Kore”.

* I parr. 1, 2 e 3, devono essere attribuiti alla dott.ssa Ardizzone; i parr. 4 e 5 sono il frutto della comune riflessione degli Autori.

¹ Così R. BIN, *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, cit. 1.

² Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, da 411 a 412.

³ R. DI MARIA, *I conflitti di attribuzione tra poteri: il contraddittorio*, in AA.VV., *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001, Torino, 2001, cit. 111. A dimostrazione di quanto asserito, nel ricorso introduttivo non necessariamente è indicata la controparte poiché è la stessa Corte che se ne assume la responsabilità; è in tal senso, dunque, che la sua interpretazione

allora, che parte della dottrina evidenzia l'importanza di due precisi momenti: all'inizio la Corte valuta la qualità di "Potere" e l'interesse ad agire del ricorrente nonché verifica, successivamente, se il comportamento (asseritamente) lesivo sia stato posto in essere un altro "Potere" dello Stato; ed è soltanto in un secondo momento – ossia quando avviene la notifica alla controparte – che si instaura effettivamente il contraddittorio⁴.

Proprio a causa della indeterminatezza della disciplina di riferimento sono sorti, sul punto, parecchi problemi interpretativi: «innanzi tutto, occorre chiedersi cosa si intenda per "Poteri dello Stato" [...] Richiamando quanto si è già avuto modo di osservare, appare evidente che il termine "Potere" dev'essere qui inteso nel significato di figura organizzatoria composta da un organo o da più organi fra loro funzionalmente collegati ed alla quale va riferita una "sfera di attribuzioni" costituzionalmente garantita. In questo senso, fra i Poteri dello Stato rientrano, oltre ai tre tradizionali (vale a dire il Legislativo, l'Esecutivo e il Giudiziario) anche il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale»⁵. Ed è indì stata la giurisprudenza della Corte costituzionale ad affermare quali siano i "Poteri dello Stato": quelli che hanno rilevanza costituzionale; che godono di una sfera di attribuzioni costituzionali anche parziale; che sono in grado di porre in essere atti in autonomia ed indipendenza; e che pongono in essere atti imputabili allo Stato.

Alla luce di tali premesse ermeneutiche, è allora possibile configurare Poteri "esterni" ed "interni" allo Stato apparato; Poteri "complessi", cioè formati da più organi, o "semplici", cioè formati da un solo organo; Poteri "diffusi", composti da "organi-Potere" o da "micro-Poteri", e Poteri "gerarchizzati", per i quali ha ancora un senso la distinzione tra legittimazione sostanziale e processuale⁶.

È stata infatti proprio la Corte costituzionale, con la sentenza [69/1978](#), a chiarire che la qualità di "Potere dello Stato" può estendersi anche a figure soggettive esterne allo Stato-soggetto: «il riferimento in quest'ultima disposizione [i.e. [l'art. 37, l. 87/1953](#)] al concetto di organo, accompagnato alla specificazione della competenza a dichiarare definitivamente la volontà del proprio Potere, potrebbe portare a circoscrivere l'ambito soggettivo del conflitto interorganico soltanto agli organi supremi o di vertice dell'ordinamento. Ma così non è, stante l'esistenza nel nostro ordinamento di una pluralità di centri di potere, oltre quelli tradizionali (legislativo, esecutivo e giudiziario e quindi Parlamento, Governo e giudici), che trovano nella Costituzione la delimitazione delle proprie funzioni e che concorrono all'organizzazione ed al funzionamento della forma di Stato e della forma di governo»⁷. Ed è per questo motivo che «se "poteri dello Stato", legittimati a proporre conflitto di attribuzione ai sensi dell'art. 134 Cost., sono anzitutto e principalmente i Poteri dello Stato-apparato, ciò non esclude che possano riconoscersi a tale effetto come Poteri dello Stato anche figure soggettive esterne rispetto allo Stato-apparato, quanto meno allorché anche ad esse l'ordinamento conferisca la titolarità e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite, concorrenti con quelle attribuite a poteri ed organi statuali in senso proprio»⁸.

Pare così impossibile indicare un elenco tassativo di poteri dello Stato, sia perché essi non possono ricondursi ad un *numerus clausus* sia perché la giurisprudenza costituzionale è in continua evoluzione e le attribuzioni costituzionali appaiono ormai "frammentate". Ci si accorge di ciò, analizzando le decisioni della Corte che richiamano principi di bilanciamento e di ragionevolezza come "pietre miliari" nella risoluzione dei conflitti nei sistemi pluralisti; inoltre, studiando la Costituzione con una "lente pluralistica", ci si rende conto di come non possa essere fissata alcun tipo di preclusione, le definizioni diventano impossibili, potenzialmente tutti i soggetti che hanno un ruolo assegnato dal

– finalizzata a qualificare un soggetto come "Potere dello Stato" – rileva a livello materialmente costituzionale, quale integrazione "pretoria" della disciplina normativa compendiata nella [l. 87/1953](#) e nelle [N.I.](#)

⁴ È in tal senso, dunque, che la notifica diventa importante per la individuazione delle parti; sul punto cfr. A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, richiamato in R. DI MARIA, cit., 363.

⁵ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2007, 334-335.

⁶ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, 239-240.

⁷ F. TERESI, *Elementi di giustizia costituzionale*, Bari, 2004, 143.

⁸ Letteralmente Corte cost., [sent. 69/1978](#), n. 4 del *considerato in diritto*.

testo costituzionale possono difendere le proprie attribuzioni davanti alla Corte, anche quando non siano attribuzioni espressamente previste dalla Costituzione.

2.1. Il “profilo soggettivo” del conflitto: breve esegesi giurisprudenziale dell’[art. 37, l. 87/1953](#).

Nelle Costituzioni pluraliste è di fondamentale importanza il “principio comprensivo” inteso quale fattore positivo, da sviluppare, ovvero come “fine” a cui tendere: «questa Costituzione contiene o presuppone la norma fondamentale della massima inclusione, per la quale l’unità e l’intesa vanno conciliate con la frammentazione e l’antagonismo. Per essa quindi l’unità non è l’opposto del pluralismo e non può essere conseguita a discapito delle molte e diverse parti. La norma fondamentale della costituzione pluralista è una unità non formale, ma sostanziale, prescrive non solo procedure, ma anche contenuti inclusivi; anzi impone innanzitutto decisioni sostanzialmente inclusive. I procedimenti infatti sono conformati dal principio sostanziale, dal fine verso cui tendono, che indica il loro senso e conseguentemente le loro caratteristiche»⁹.

L’analisi dei Poteri (dello Stato) consente appunto di mettere in luce il problema della “inclusione-esclusione” dei soggetti che aspirano alla partecipazione al conflitto di attribuzioni; volendo schematizzare – con l’inevitabile semplificazione che ne consegue – *in primis* bisogna verificare, *de jure condito*, l’effettiva esclusione del soggetto dal processo; *in secundis* appurare l’illegittimità costituzionale di tale esclusione (i.e. si deve essere sicuri della mera opportunità di procedere all’inclusione del soggetto escluso) ed, infine, devono essere individuati gli strumenti più idonei a rispondere alle esigenze di tutela ancora insoddisfatte¹⁰.

È indi utile comprendere – nella sintetica disamina che segue – quali Poteri siano stati ammessi al conflitto di attribuzioni e quali, invece, no.

Con riferimento al Potere giudiziario, una parte della dottrina ha ritenuto che fosse legittimata ad agire – ed a resistere – soltanto la Cassazione, quale ultimo grado di giudizio, o anche il singolo giudice ma soltanto quando fossero decorsi i termini per l’impugnazione della sentenza; per contro, la Corte costituzionale ha sempre sottolineato la natura “non gerarchica” del Potere giudiziario ritenendo, in maniera estensiva, che ciascun giudice “nell’esercizio delle sue funzioni” possa essere considerato alla stregua di un autonomo “Potere” dello Stato, ovverosia una sorta di “micro-Potere”; ragion per cui si può definirlo “diffuso”: i singoli organi giurisdizionali sono legittimati ad essere parti del conflitto di attribuzioni a prescindere dal fatto che si possano proporre gravami predisposti a tutela di interessi differenti¹¹.

A tal fine, però, il giudice non deve soltanto essere *titolare* ma, anche, *nell’esercizio delle sue funzioni* (amministrative e giurisdizionali). Seguendo questo ragionamento, dunque, non è “Potere” la magistratura di sorveglianza perché – decidendo sui reclami dei detenuti – non adotta atti di natura giurisdizionale; ugualmente il giudice che si astiene dalle funzioni; né è “Potere” il Procuratore della Repubblica, o altro ufficio del P.M., in quanto non investito di funzioni giurisdizionali¹².

In virtù delle ultime aperture della giurisprudenza, è altresì considerata “Potere” la Corte dei conti; ed ugualmente l’Ufficio centrale per il *referendum*, costituito presso la Corte di cassazione¹³.

⁹ Così P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, in AA.VV., *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 13-14.

¹⁰ L’ultima fase è, per vero, soltanto eventuale; cfr. T. GIOVANNETTI, *I soggetti esclusi nei conflitti di attribuzione*, in AA.VV., *Le zone d’ombra*, cit., 49-50.

¹¹ Cfr. Corte cost., [sent. 231/1975](#), n. 3 del *considerato in diritto*.

¹² L’art 101 Cost. si riferisce al solo Ufficio del P.M., unitariamente inteso, con funzione “requirente” nell’esercizio (infungibile) del potere c.d. “di iniziativa” in campo penale, *ex art. 112 Cost.*

¹³ Sebbene non con riferimento all’esercizio dei suoi poteri decisori: la qualificazione di “Potere” è infatti dovuta, in tal caso, al carattere giurisdizionale dell’Organo.

Il C.S.M. è invece un “Potere” dello Stato soltanto con riguardo alle proprie attribuzioni costituzionali: la Corte ha più volte ribadito che il CSM sia legittimato a ricorrere – nonché ad essere parte resistente – in quanto organo investito delle funzioni previste dall’art. 105 Cost.¹⁴.

La stessa Corte costituzionale si è considerata “Potere” dello Stato, sebbene ciò sembri contrastare con il principio *nemo iudex in causa propria* nonché contro l’ulteriore principio *ne procedat iudex extra petita partium*, laddove la Corte si costituisca parte attiva del conflitto¹⁵.

Uguualmente il Presidente della Repubblica, anch’esso legittimato al conflitto – nonostante la sua qualificazione alla stregua di organo *super partes* e “rappresentante dell’unità nazionale” – allorquando ponga in essere atti formalmente a lui imputabili, per i quali goda di una “porzione” di attribuzioni costituzionali che lo rendano – appunto – un autonomo Potere (i.e. la promulgazione della legge; o, in via preventiva, l’opposizione all’autorizzazione dei disegni di legge ed alla emanazione dei decreti legge).

Il Potere esecutivo, a differenza di quello giudiziario, è organizzato secondo un modello gerarchico al cui vertice si trova il Governo; pertanto è forse l’unico, fra i Poteri dello Stato, rispetto al quale è facilmente possibile individuare l’organo «competente a dichiarare definitivamente la volontà del Potere stesso»: tale competenza è, infatti, del vertice gerarchico ovvero del Consiglio dei Ministri; ed in specie, è il Presidente del Consiglio che può rappresentare il Governo sulla base di una delibera del Consiglio dei Ministri, che deve essere preventiva e, talvolta, anche successiva (i.e. in sanatoria) ma pur sempre anteriore alla notifica del ricorso.

L’Esecutivo tuttavia, proprio per la sua natura complessa, contiene altresì organi che godono di autonome attribuzioni costituzionalmente protette e che, quindi, rappresentano *ex se* un “Potere” in quanto concorrenti alla più generale funzione esecutiva (i.e. il Presidente del Consiglio, in tema di segreto di Stato; il Ministro della giustizia; etc.); in tal senso, vieppiù, finanche un singolo ministro può essere considerato “Potere” dello Stato¹⁶.

Se, infine, il CNEL e il Consiglio di Stato possono considerarsi “Poteri” – in quanto titolari di attribuzioni costituzionalmente garantite – non pochi dubbi sussistono sulla omologa qualificazione delle Regioni: la Corte stessa, su tale punto, non ha infatti assunto una posizione chiara¹⁷. Ed “esterni” allo Stato-apparato – ma pur sempre “Poteri” in relazione al conflitto – si considerano i sottoscrittori della richiesta di *referendum*: il comitato dei promotori è infatti considerato l’organo competente a dichiararne la volontà, ancorché non con riferimento ai vizi procedurali di una legge abrogativa di quella sottoposta al *referendum*, né lo stesso è un organo permanente o di controllo in grado di “interferire” sui risvolti, a livello legislativo, che si potrebbero verificare nel periodo posteriore rispetto al *referendum*¹⁸.

2.2. La specificità del Potere legislativo.

Rispetto alla superiore sintesi, del tutto peculiare appare la posizione del Potere legislativo: in specie, non è strutturalmente “monolitico” ma si articola in molteplici ramificazioni in corrispondenza delle diverse attribuzioni e che, proprio per questo motivo, presenta delle importanti note di specificità e di complessità rispetto al Potere esecutivo ed al Potere giudiziario.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, sia nell’[ordinanza n. 228 del 1975](#) sia nella [sentenza n. 406 del 1989](#), ha seguito un orientamento ben preciso: da un lato è stata superata la teoria in base

¹⁴ Cfr. Corte cost. [sent. 419/1995](#), n. 3 del *considerato in diritto*; [sent. 435/1995](#), n. 3 del *considerato in diritto*; [ordd. 480/1995](#) e [112/2003](#).

¹⁵ Si pensi all’ipotesi, di scuola, in cui la Corte agisca in maniera preventiva qualora fosse posta in essere la sua cancellazione da parte del Legislatore costituzionale, pena l’inammissibilità della difesa perché “tardiva”.

¹⁶ È noto il c.d. “caso Mancuso” in occasione del quale la Corte non ha guardato tanto allo *status* del Guardasigilli quanto alla mozione di sfiducia (individuale) promossa dal Senato nei suoi confronti: cfr. Corte cost., [sent. 7/1996](#), n. 4 e 5 del *considerato in diritto*.

¹⁷ Cfr. A. RUGGERI e A. SPADARO, cit., da 250 a 259.

¹⁸ Cfr. Corte cost., [ordd. 43/1983](#) e [198/2005](#).

alla quale il Potere legislativo potesse essere considerato “unico” e d’altro lato – definendo il Parlamento come Potere “complesso” – è stata aperta la strada ad una “frammentazione” del Potere stesso; tramite un *iter* tortuoso la Corte ha indi posto le basi per delle ulteriori legittimazioni processuali all’interno della molteplicità delle strutture che contraddistinguono le Camere.

Si è sostenuto che gli organi legittimati alla rappresentanza dovrebbero essere entrambe le Camere, poiché congiuntamente titolari della funzione legislativa; in tal senso, la posizione di autonomia ed indipendenza di ogni ramo del Parlamento – e quindi la ricostruzione del Parlamento stesso come Potere “complesso” – potrebbe suffragare la tesi che riconosce ad ognuna delle due Camere la legittimazione passiva nei conflitti di attribuzione tra Poteri dello Stato, laddove inerenti agli atti della funzione legislativa.

Ed invero è la stessa Costituzione che, nel disciplinare il Potere legislativo, attribuisce a ciascuna Camera una “quota di potere” corrispondente – ovvero idonea – all’esercizio delle relative attribuzioni: vi sono infatti funzioni esclusive “proprie” di ciascuna Camera ed, in questo caso, entrambe possono autonomamente assumere la veste di Potere dello Stato (i.e. in materia di prerogative parlamentari, di autonomia contabile o nei rapporti con l’Autorità giudiziaria)¹⁹.

Seguendo coerentemente tale ragionamento, non si dovrebbe allora escludere *a priori* la legittimazione del singolo parlamentare; purtuttavia la Corte ha sempre respinto l’ipotesi che un parlamentare possa far valere la propria irresponsabilità *uti singulo*, attraverso un “conflitto individuale”: se infatti, in un primo momento ed in base alla teoria della tripartizione dei Poteri, la dottrina ne aveva escluso la legittimazione, successivamente – muovendo da una concezione sostanziale dell’immunità e delle prerogative del singolo parlamentare, come presupposto e garanzia dell’esercizio della funzione rappresentativa – sono emerse alcune argomentazioni invero funzionali a garantire la giustiziabilità di violazioni alle medesime; in particolare – considerando che la funzione rappresentativa presuppone la sussistenza di posizioni giuridiche piene – cadrebbero le tesi che si oppongono alla legittimazione del singolo parlamentare nel conflitto di attribuzione.

Laddove si volessero attribuire delle “quote di attribuzione” a ciascun singolo membro del Parlamento, dovrebbe intendersi se esse siano da riferire a tutte le attività indistintamente o, invece, soltanto ad alcune e determinate: nel primo caso si rischierebbe di avere una teoria troppo estensiva; nel secondo caso si creerebbero dei veri e propri “diritti” per i parlamentari. In sostanza, dunque, per potersi parlare di legittimazione del singolo parlamentare, sembra diventare decisivo il progressivo spostamento del profilo soggettivo verso quello “funzionale-oggettivo” nel processo di ampliamento del conflitto²⁰.

Anche il Parlamento in seduta comune può essere considerato un Potere dello Stato e rappresenta una realtà complessa che la Costituzione tende a portare ad unità: la riunione delle due Camere in seduta comune sembrerebbe rappresentare un organo a sé, per cui si tratterebbe di un “terzo organo” distinto da ciascuna Camera; osservando la questione attraverso un filtro “soggettivo”, si potrebbe affermare che le Camere in seduta comune rappresentino un organo diverso rispetto a quello “complesso” (i.e. il Parlamento) laddove – guardando attraverso un filtro invece “oggettivo” – non può non sottolinearsi il rilievo costituzionale delle attribuzioni “elettorali” ed “accusatorie”²¹. Per definire il Parlamento in seduta comune come soggetto passivo del conflitto di attribuzioni hanno indi un ruolo importante – da un lato – sia l’aggancio costituzionale inerente le attribuzioni parlamentari sia la norma costituzionale di diretta attribuzione di funzioni che può esercitare solo quell’organo costitutivo dell’intero “Potere complesso” (Parlamento) e – d’altro lato – il carattere

¹⁹ Casi problematici sono quello delle Commissioni di inchiesta: poiché ritenute organi che dichiarano la volontà della Camera, *ex art.* 82 Cost., si potrebbe ammettere la loro qualificazione come “autonomi” Poteri dotati di autonome attribuzioni; e quello dei singoli Presidenti delle Camere: potrebbero essere intesi alla stregua di “Poteri” dello Stato, in ragione delle specifiche attribuzioni costituzionali loro affidate.

²⁰ Peraltro la dottrina che ha avallato la suddetta teoria ha ritenuto, poi, che gli articoli 67 e seguenti della Costituzione prevedessero competenze, poteri e garanzie riferibili alle funzioni. In argomento cfr. G. RIVOCCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, 2003, 60-79.

²¹ Ai fini della legittimazione dell’organo appare di minore rilevanza, invece, il dibattito inerente alla collocazione del Parlamento in seduta comune tra i collegi imperfetti o perfetti.

costituzionalmente necessario delle funzioni stesse: un'usurpazione delle funzioni elettorali e accusatorie del Collegio, o un'omissione nell'esercizio delle loro funzioni, potrebbe determinare menomazioni o omissioni nell'esercizio di funzioni di garanzia costituzionale rispetto alle quali si può esperire soltanto il conflitto di attribuzione. Il conflitto può essere sollevato dal Parlamento in seduta comune o da altri organi costituzionali – ad esempio – in caso di omissione di esercizio delle “funzioni di esecuzione” della Costituzione da parte del Parlamento stesso; ipotesi che sembrano avvalorate dalla dottrina nonché trovare ulteriore conferma nell'[art. 10, co. 2, l. 1989/219](#), che attribuisce all'Autorità giudiziaria la facoltà di sollevare conflitto di attribuzione contro il Parlamento in seduta comune.

In tal senso dunque, il godimento di specifiche attribuzioni costituzionali è elemento sufficiente a qualificare il Parlamento in seduta comune quale (possibile) parte, attiva o passiva, di un conflitto di attribuzioni fra Poteri dello Stato.

E sempre in ambito parlamentare, la questione sulla legittimazione ad instaurare un conflitto di attribuzione tra Poteri dello Stato si è posta anche per i partiti politici. È di qualche anno fa una questione inerente al ricorso presentato dall'associazione politica “La Rosa nel Pugno-Laici Socialisti Liberali Radicali” nei confronti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica; il ricorso – dichiarato inammissibile (cfr. [ord. 79/2007](#)) – aveva ad oggetto le modifiche apportate dalla l. 270/2005 alle norme per l'elezione del Parlamento che prevedevano, per tre categorie di partiti o gruppi politici, l'esonero dall'onere della raccolta delle firme per la presentazione delle liste dei candidati. Rispetto alle motivazioni che hanno portato la Consulta a pronunciarsi a favore dell'inammissibilità, non ha avuto alcun tipo di rilevanza il fatto che oggetto del conflitto fosse un atto legislativo: la giurisprudenza costituzionale, infatti, ammette ormai un conflitto del genere quando gli atti legislativi «possano derivare da lesioni dirette dell'ordine costituzionale delle competenze e non esista un giudizio nel quale tale norma debba trovare applicazione e quindi possa essere sollevata la questione incidentale»²². Il ricorrente, consapevole di questa giurisprudenza, ha cercato di rilevare le condizioni indicate e di concentrare le proprie argomentazioni sul profilo soggettivo: in sintesi si sosteneva che ai partiti politici dovesse riconoscersi la qualifica di “Poteri” poiché destinatari di attribuzioni costituzionali nei procedimenti per le elezioni di assemblee; e quindi, se una figura esterna dello Stato apparso risultava titolare – grazie a delle norme costituzionali – di diritti o poteri da esercitare all'interno di un procedimento costituzionalmente rilevante, essa avrebbe potuto agire per difenderne l'esercizio nei confronti degli altri Poteri dello Stato, che prendevano parte al medesimo procedimento.

La superiore tesi non ha infine convinto la Corte che, invece, ha basato il proprio ragionamento su alcune sottigliezze terminologiche: secondo la Corte, infatti, l'art. 49 Cost. conferisce ai partiti politici la funzione di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» loro attribuita con legge ordinaria; il che non consentiva di desumere l'esistenza di “attribuzioni” costituzionali ma soltanto di “funzioni” aventi “rilevanza” costituzionale²³.

3. [Corte cost., ord. 149/2016](#): *il singolo parlamentare solleva conflitto di attribuzioni per tutelare il c.d. “giusto processo legislativo”*.

Come già detto, il Potere legislativo presenta delle caratteristiche differenti rispetto agli altri Poteri dello Stato, ovvero sfumature che determinano una maggiore complessità nell'individuare i soggetti legittimati – all'interno di esso – a proporre conflitto di attribuzioni.

Nello specifico, la Corte non si è mai pronunciata in maniera favorevole sull'attribuzione al singolo parlamentare della qualità di Potere dello Stato; l'11 febbraio 2016 si è tuttavia verificato un episodio inedito: 40 senatori del centro-destra hanno sollevato, *uti singuli*, un conflitto di attribuzioni

²² Cfr. Corte cost., [sent. 221/2002](#), n. 4 del *considerato in diritto*.

²³ Sul punto si veda T. GIOVANNETTI, cit., da 47 a 49.

contro la Camera di appartenenza in relazione alla approvazione del disegno di legge c.d. “Cirinnà-bis” in materia di unioni civili²⁴.

Ciò che si lamentava con il ricorso era – in estrema sintesi – l’eccessiva “velocizzazione” del percorso di sviluppo (fisiologico) del suddetto disegno di legge, con specifico riferimento all’omesso esame in Commissione del testo; il che avrebbe comportato il mancato esercizio del diritto di iniziativa legislativa da parte di quei senatori che non avevano avuto la possibilità di esaminarlo, in asserita violazione degli art. 67, 71 e 72, co. 1 e 4, della Costituzione.

Quanto al profilo soggettivo, i ricorrenti hanno affermato la propria legittimazione muovendo dalla considerazione che la giurisprudenza costituzionale non si sia mai esplicitamente pronunciata sulla possibilità che i singoli parlamentari possano, o meno, essere considerati “Poteri” dello Stato ai fini del conflitto di attribuzioni *ex art. 37, l. 87/1953*. In specie la legittimazione del singolo parlamentare deriverebbe dall’essere titolare di poteri “propri”, canonizzati in Costituzione, in qualità di rappresentante della Nazione ed, indi, di tramite – ovvero «prima forma organica» – attraverso cui si esprime la sovranità popolare a livello di Stato-apparato, *ex artt. 1 e 67 Cost.*, nonché dall’essere infine partecipe della funzione legislativa delle Camere *ex art. 71 Cost.*²⁵.

Quanto invece al profilo oggettivo, è stata lamentata la violazione delle norme regolamentari relative al percorso di formazione della legge (specificamente, gli artt. 31, 43, 44 e 51 del Regolamento del Senato della Repubblica) e, conseguentemente, l’ulteriore violazione dell’art. 72, co. 1 e 4, Cost. In tal senso i ricorrenti – nel ricostruire analiticamente le vicende dei lavori parlamentari «dalle quali discenderebbero le lamentate violazioni»²⁶ – hanno infine sostenuto che il Presidente del Senato avrebbe sottoposto il disegno di legge all’esame ed, indi, al voto della Assemblea «in contrasto con le norme regolamentari sulla programmazione dei lavori (artt. 53 e 55)» e che, pertanto, «il mancato esame in Commissione del testo normativo, ridotti i lavori alla sua mera illustrazione, avrebbe determinato “un caso di grave menomazione delle funzioni e delle prerogative dei Senatori facenti parte della Commissione, della minoranza parlamentare e, più ampiamente, di tutti i membri della Camera Alta” [corsivi aggiunti, ndr.]».

In sede di giudizio di ammissibilità, la valutazione della Corte sui superiori profili è stata alquanto sintetica: sebbene – proprio con riferimento alla puntuale questione del c.d. “giusto procedimento legislativo” – la Corte costituzionale abbia ripetutamente sottolineato come l’*iter* di approvazione delle leggi sia stato spesso segnato da prassi errate, è pur vero che essa ha sempre preferito non occuparsi degli *interna corporis acta*²⁷; così, da un lato, dando atto di come i confini della mediazione tra le forze politiche – e tra i soggetti istituzionali – siano sempre meno netti e, d’altro lato,

²⁴ Si tratta della l. 20 maggio 2016, n. 76, “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, pubblicata in *G.U.* n. 118 del 21 maggio 2016.

²⁵ Pertanto il «corollario [delle superiori] prerogative sarebbe la sussistenza, in capo al singolo parlamentare, del “diritto di esigere che i Regolamenti (esplicitamente richiamati dall’art. 72, co. 1, Cost.) siano formulati e, comunque, interpretati ed applicati conformemente a Costituzione [...], a tutela proprio delle attribuzioni che a lui competono in virtù del potere di cui è *uti singulus* portatore”»; così in Corte cost., [ord. 149/2016](#).

²⁶ In particolare, il disegno di legge n. 2081 – presentato il 6 ottobre 2015 ed assegnato il successivo 7 ottobre all’esame della Commissione giustizia del Senato – è stato illustrato in Commissione nella seduta del 12 ottobre 2015 e la sua trattazione rinviata, poi, alla seduta del 13 ottobre 2015; tale trattazione – ulteriormente rinviata al giorno successivo – non ha comunque avuto luogo, essendo stato nel frattempo disposto l’abbinamento del d.d.l. ad altri disegni di legge in materia di unioni civili (già all’esame dell’Assemblea) senza però che la Commissione si sia potuta esprimere sul punto come previsto, invece, dal combinato disposto dagli artt. 44 e 51 Reg. e come, peraltro, ritualmente sostenuto dai ricorrenti (i.e. l’inserimento dell’esame del d.d.l. n. 2081 nel calendario dell’Assemblea, da parte della Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari, senza il previo esame in Commissione e senza rispettare i termini indicati dalle citate norme regolamentari).

²⁷ Ed infatti «la Costituzione italiana disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei regolamenti parlamentari. Il rispetto delle norme costituzionali, che dettano tali limiti e regole, è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati, come questa Corte ha già affermato a partire dalla [sentenza n. 9 del 1959](#), nella quale ha stabilito la propria “competenza di controllare se il processo formativo di una legge si è compiuto in conformità alle norme con le quali la Costituzione direttamente regola tale procedimento”» (cfr. Corte cost., [sent. 22/2012](#), n. 4 del *considerato in diritto*).

sollecitandone la definizione – ove possibile – innanzitutto in via consuetudinaria²⁸.

Ed infatti, nella fattispecie in esame la Corte costituzionale ha appunto evidenziato la carenza dei relativi profili oggettivi, in quanto scollegati dal concetto di “tono costituzionale” del conflitto: «la menomazione lamentata dai ricorrenti inerisce tutta alle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari come disciplinati da norme e prassi regolamentari, che scandiscono e regolano i “momenti” del procedimento di formazione delle leggi [i.e. l’abbinamento dei disegni di legge attinenti a materie identiche o connesse; la “calendarizzazione” dei lavori; la discussione, l’ esame, la modifica e la votazione dei d.d.l.]» ovverosia ad aspetti del procedimento legislativo la cui disciplina (regolamentare) è riservata a ciascuna Camera «in tutto ciò che non sia direttamente ed espressamente già disciplinato dalla Costituzione» in quanto strettamente inerente «alle funzioni primarie delle Camere»²⁹. È pertanto vero che i parlamentari hanno richiamato la violazione di una normativa di rango costituzionale ma – nella prospettiva ermeneutica adottata nell’ordinanza – le argomentazioni addotte a sostegno di tale violazione inerivano, invero, «esclusivamente alla lesione di norme del Regolamento del Senato e della prassi parlamentare, senza che sia validamente dimostrata l’idoneità di queste ultime a integrare i parametri costituzionali invocati»³⁰.

Nel ritenere che ci fosse, nel ricorso in esame, un rinvio a prassi puntuali nonché a processi specificamente scanditi dai Regolamenti parlamentari – che devono indi ritenersi “propri” della autonomia delle Camere – la conclusione cui perviene la Consulta è che le protestate violazioni debbano allora trovare «all’interno delle stesse Camere gli strumenti intesi a garantire il corretto svolgimento dei lavori, nonché il rispetto del diritto parlamentare, dei diritti delle minoranze e dei singoli componenti» e che dunque – perlomeno nei termini era stato prospettato – il conflitto non possa attingere «al livello del conflitto tra Poteri dello Stato»³¹.

Se tali considerazioni conclusive – su cui è stato infine basato il giudizio di inammissibilità – non appaiono né nuove né sorprendenti, rispetto alla (consolidata) giurisprudenza costituzionale in materia, l’inciso deducibile dal terzultimo capoverso della ordinanza (i.e. «nei termini in cui è stato articolato») lascerebbe supporre che – mediante una diversa formulazione del profilo oggettivo – il ricorso avrebbe potuto trovare accoglimento presso la Corte, quantomeno in punto di ammissibilità; in tal caso non sembra essere stata messa in discussione, infatti, la (pretesa) legittimazione soggettiva del parlamentare *uti singulus* quanto, piuttosto, il parametro di giudizio invocato e sul quale (soltanto) è stata in effetti argomentata la inammissibilità, in relazione al “tono” – ovvero, più precisamente, al «livello» – non costituzionale del conflitto sollevato.

V’è da chiedersi, insomma, se (ciò che appariva come) una antica preclusione – ovverosia la (in)ammissibilità di un conflitto sollevato dal singolo parlamentare verso la Camera di appartenenza a salvaguardia, tra l’altro, del c.d. “giusto procedimento legislativo” – abbia infine trovato, fra le pieghe della ordinanza in esame, uno spiraglio (seppur angusto) per incunarsi nella giurisprudenza costituzionale sul conflitto interorganico, determinando un *revirement* della Corte.

4. La “leale collaborazione”: i Poteri legislativo, esecutivo e giudiziario come “articolazioni” della sovranità statale.

Si è fatto *supra* riferimento al “tono costituzionale” del conflitto di attribuzioni che nasce, nell’ambito della teoria sul sindacato giurisdizionale per conflitto fra Poteri, al fine di arginarne la frantumazione soggettiva (cfr. *i Poteri dello Stato*) ed oggettiva (cfr. *le attribuzioni costituzionali*) ed, indi, scongiurarne la conseguente “polverizzazione”; e tuttavia – come correttamente sostenuto da una parte della dottrina – in luogo di una astratta pretesa teorica, più utile appare la consapevolezza

²⁸ In argomento si veda S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del “giusto procedimento legislativo”: tanto tuonò che piovve?* in *Quad. cost.*, n. 2/2016.

²⁹ Letteralmente in Corte cost., [ord. 149/2016](#); ma anche in [sentt. 78/1984](#) e [120/2014](#), ivi espressamente richiamate.

³⁰ Sempre in Corte cost., [ord. 149/2016](#).

³¹ *Ibidem*. Cfr. anche Corte cost., [ordd. n. 366/2008](#) e [90/1996](#); nonché [sent. 379/1996](#).

(sistematica) che il conflitto di attribuzione rappresenta una *extrema ratio*, ovvero uno strumento al quale ricorrere soltanto quando nessun'altra tutela giurisdizionale può (più) essere fornita³².

È un corollario della superiore considerazione, che la salvaguardia delle attribuzioni – ed indi la risoluzione dei conflitti – di ciascun Potere-istituzione debba essere governata da un persistente “equilibrio”; ed è alla luce di tale equilibrio che i principi di *collaborazione* e *stabilizzazione* sono emersi quali “indirizzi-guida” elaborati e seguiti dal competente organo giurisdizionale. Ed invero, nei rapporti tra Poteri, la presenza di tale organo può provocare effetti simili a quelli che si hanno nei rapporti sociali, allorquando vi sia la presenza di un soggetto terzo e neutrale preposto a decidere su conflitti basati su norme giuridiche: il fatto che esista un meccanismo giuridico di risoluzione dei conflitti di attribuzione, opera infatti alla stregua di una struttura di supporto per il riassorbimento di contrasti politici sfuggiti alla mediazione “pre-istituzionale”.

È dunque in quest'ottica che la Corte, nello sviluppo della sua giurisprudenza, ha cercato di assicurare un equilibrio che implementasse la c.d. “leale collaborazione” tra i Poteri: l'Esecutivo, il Legislativo ed il Giudiziario dovrebbero essere espressione ed articolazione della stessa fonte, cioè della sovranità dello Stato; non si tratta di tre “entità” assolutamente indipendenti l'una dall'altra, ma di ramificazioni della medesima *Potestas* (pubblica) tendenti tutte al medesimo – e condiviso – fine.

In tal senso, dunque, quello di “collaborazione” (o “cooperazione”) è concetto autonomo rispetto ad altri, soltanto apparentemente ad esso omologhi.

È autonomo rispetto a quello di “coordinamento”, che non può essere inteso quale sinonimo di “collaborazione” poiché implicante una gerarchia – ovverosia l'esistenza di un *primus inter pares* che coordini i diversi organi – laddove la collaborazione prevede invece la *par condicio* di tutti i soggetti interessati: se i Poteri dello Stato devono allora considerarsi come articolazioni della (univoca ed identica) sovranità dello Stato, deve essere assolutamente rigettata qualsiasi definizione “gerarchica” di collaborazione.

È altresì autonomo rispetto a quello (civilistico) di “buona fede”, intesa alla stregua di “solidarietà”, “lealtà” e tutela della “altrui utilità”: ove (eventualmente) accostata a tale declinazione interpretativa, infatti, il concetto di collaborazione assumerebbe una portata troppo estesa, poco specifica, e – a causa di tale “ampiezza” – si determinerebbe un crollo progressivo delle colonne portanti e protettive del sistema di riferimento³³.

In ordine alle superiori premesse, può allora così configurarsi il principio di “leale cooperazione tra i Poteri dello Stato”: esso non è fonte di nuove competenze, se non un modo di attuazione del criterio di separazione dei Poteri, che induce i soggetti a perseguire il corretto funzionamento del sistema nel rispetto degli interessi coinvolti e delle attribuzioni di tutti gli attori interessati; ed implica un giudizio sul comportamento che le parti contendenti hanno reciprocamente adottato: la valutazione, cioè, della condotta soggettiva nel rispetto delle istanze e delle prerogative proprie della parte avversa.

È in tal senso, dunque, che il principio di leale cooperazione appare come “il rovescio della medaglia” rispetto al principio di separazione dei Poteri; ed ugualmente vano sarebbe cercarne il fondamento costituzionale, perché esso affonda le proprie radici in strati più profondi rispetto allo stesso “edificio costituzionale”.

Per tal motivo la Corte ha abbandonato la strada della ricerca di un fondamento settoriale del principio di leale collaborazione e, dopo averlo individuato in termini generali come “costituzionale”, lo applica adesso ai diversi campi in cui il modello cooperativo si manifesta attraverso la sovrapposizione di competenze interferenti: per utilizzare le parole di Rudolf Smend, si può affermare che «nello Stato italiano il principio di leale collaborazione ha natura costituzionale anche se risulta essere parzialmente non scritto, ovvero è solo parzialmente razionalizzato»³⁴; ed infatti «ha potuto muovere i suoi primi, incerti, passi» grazie «alle prassi consuetudinarie e convenzionali cresciute

³² Cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza*, Torino, da 125 a 128.

³³ Sul punto cfr. S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008, da 101 a 105.

³⁴ Cfr. R. SMEND, *Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968, 39.

all'ombra di smagrite indicazioni costituzionali»³⁵.

E vieppiù «volendo [...] ricorrere alla ormai familiare – se non logorata – metafora dell'ordinamento giuridico quale “organismo vivente”, potrebbe dirsi che l'esigenza di collaborazione [è] indispensabile nella stessa misura in cui quella di respirare lo è per la sopravvivenza di una creatura vivente. Come per la respirazione, dunque, in cosa tecnicamente consista la cooperazione conta poco (o, al limite, nulla): ciò che davvero importa è che non smetta mai. Alla medesima stregua di altri principi fondamentali di ogni ordinamento democratico (si pensi, per semplicità, al principio di legalità o a quello della divisione dei poteri) anche per la collaborazione il primo interrogativo da porsi, quindi, non è tanto “cos'è?” quanto, piuttosto, “a cosa serve?” In tal maniera riformulata, la risposta appare altrettanto scontata, perfino banale: la cooperazione s'impone quale necessità sistemica per ogni ordinamento che intenda preservare la propria unità/continuità nel tempo; ciò consentirebbe peraltro di spiegare la ragione per cui molti non hanno mai ritenuto assolutamente imprescindibile una formale canonizzazione del suddetto principio in Costituzione»³⁶.

Sia pur non senza fatica, si sta facendo strada – pare – una nuova consapevolezza della complessità del problema: l'alleanza di tutti e tre i Poteri, nell'avviare un'opera culturale in tale direzione, è della massima importanza; ma è altrettanto necessario che sia gestita con intelligenza, ovvero sia con la consapevolezza che ciò che si è determinato in decenni di caos non si sradicherà con l'elevazione di un solo Ente a “salvatore dell'ordinamento”. Semmai è proprio della Corte costituzionale l'arduo compito di rendere operativa la Costituzione in modo che le complesse dinamiche – che regolano il funzionamento dei Poteri – si sviluppino all'insegna, appunto, dell'equilibrio e, per raggiungere tale fine, la essa utilizza meccanismi collegati tra di loro che – pur assolvendo a funzioni differenti – hanno in comune una caratteristica: “viaggiare” lontano dai “paletti” posti in essere dalla Costituzione, dove i “confini” sono incerti e mobili.

E così giova rammentare, in conclusione, quanto metaforicamente asserito da Roberto Bin: «i paletti diventano fari e segnali, le strategie di orientamento consentono di interpretarne i messaggi e tracciarne le rotte. A navigare è il politico, spesso nei panni del legislatore: è lui che decide da che parte si va e a quale velocità. La Corte costituzionale sta sulla nave per conto dell'armatore, nel cui interesse controlla in che modo procede la navigazione, intervenendo quando ne vede infrante le regole. Già, ma quali regole? Non si tratta soltanto di impedire che il capitano ignori i fari e minacci di incagliare il bastimento, anche in mare aperto la navigazione ha i suoi criteri: bisogna tenere conto delle correnti e dei venti, il timoniere deve seguire la rotta e questa deve essere congrua rispetto alla destinazione e così via. La Corte ha costruito i suoi strumenti per svolgere il proprio compito anche quando i fari stanno oltre l'orizzonte. Li ha costruiti prendendo lo spunto da una disposizione della Costituzione, l'art. 3, che afferma il principio di eguaglianza»³⁷.

C'è da chiedersi, allora, se l'ipotesi di una maggiore “apertura” del conflitto possa effettivamente corrispondere all'esigenza di implementare il principio di leale cooperazione tra Poteri, o interistituzionale, nei termini *supra* delineati; e se, in termini più specifici, la legittimazione attiva del singolo parlamentare possa vieppiù indurre la enucleazione di “buone prassi” – a complemento delle regole che presidiano il procedimento legislativo e pienamente coerenti con i relativi principi costituzionali – appunto finalizzate ad evitare ipotesi di ricorso alla Corte. Ciò richiederebbe, ovviamente, un bilanciamento alquanto delicato – operato dalla Corte stessa i cui profili sono, in parte, già intellegibili fra le righe della rassegnata giurisprudenza costituzionale – fra la salvaguardia, da un lato, dei principi costituzionali che filtrano la natura “democratica” dell'ordinamento repubblicano attraverso i meccanismi tipici della c.d. “rappresentanza indiretta” e, d'altro lato, del

³⁵ Così S. AGOSTA, cit., 274. In questa disamina è esemplificativo quanto asserito in Corte cost., [sent. 379/1992](#), in materia di “concertazione” tra C.S.M. e Ministro della Giustizia: «sotto il profilo della leale cooperazione e, in particolare, sotto quello della correttezza nei rapporti reciproci, l'attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori [...] Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura alle altrui posizioni» (letteralmente *ivi*, n. 7 *del considerato in diritto*).

³⁶ Letteralmente S. AGOSTA, cit., 107.

³⁷ R. BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2012, 97.

principio (supremo) di autonomia del Parlamento compendiato – tradizionalmente – negli *interna corporis acta*.

Per quanto complessa tale operazione appaia essere – e sebbene si tentenni alla ipotesi di “aprire le porte” del Parlamento ad un giudice “esterno”, foss’anche quello costituzionale – non si sfugge alla sensazione che, *rebus sic stantibus*, essa costituisca uno degli strumenti grazie ai quali il Potere legislativo potrebbe riguadagnare, in Italia, la “centralità” istituzionale – se non, addirittura, la reputazione – da tempo ormai smarrita ed, indi, sintetizzare e rivitalizzare sia il proprio ruolo di “perno” del dibattito politico nazionale, funzionale alla selezione delle *public choices* e *policies*, sia quello (conseguenziale) di “produttore” della normativa di attuazione delle medesime.

Giacomo D'Amico*

**Sulla nozione di “estraneità al contesto normativo” della disposizione di risulta.
Una riflessione “preventiva” sull’(in)ammissibilità
del referendum sul c.d. Jobs Act**

SOMMARIO: 1. *L'oggetto del quesito referendario.* – 2. *Dal carattere manipolativo del quesito all'inammissibilità della richiesta referendaria ovvero di un esito nient'affatto scontato.* – 3. *L'argine alla manipolazione: la nozione di “estraneità al contesto normativo” della disposizione di risulta.* – 4. *La “pesca” dei precedenti più coerenti con il caso di specie e la conseguente inammissibilità dell'odierno quesito.* – 5. *Una chiosa finale.*

1. L'oggetto del quesito referendario

Non è una novità che la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità del referendum abrogativo sia a dir poco imprevedibile, scontando, per questo verso, la genericità di talune formule legislative e l'inevitabile consolidamento di alcuni orientamenti giurisprudenziali piuttosto “creativi”. Quanto appena detto ha fatto sì che, negli anni, la stessa giurisprudenza abbia finito con il costituire il principale (se non esclusivo) “parametro” per la valutazione dell'ammissibilità del quesito referendario, al punto che oggi la decisione della Corte in questi giudizi viene solitamente assunta all'esito di una comparazione rispetto a quanto deciso nelle pronunzie precedenti.

Non vi è dubbio che in ciò la Corte sia aiutata dal numero piuttosto esiguo di pronunzie in materia referendaria, per cui è piuttosto agevole avere piena conoscenza delle decisioni pregresse. Ma, com'è stato acutamente notato, «attingendo con oculatazza al mazzo di carte dei propri precedenti, la Corte costituzionale è in grado di “pescare”, indifferentemente, quella favorevole o quella contraria all'ammissibilità del quesito referendario»¹. In questa operazione di valutazione dei precedenti poco rilievo hanno le specifiche materie trattate, a meno che non si discuta di leggi che disciplinano ambiti nei quali è «costituzionalmente necessaria» una regolamentazione legislativa. Un discorso a parte merita, poi, lo specifico settore dei quesiti referendari concernenti leggi elettorali, rispetto ai quali non è fuori luogo discutere di un vero e proprio statuto speciale dei c.d. referendum elettorali.

Le considerazioni anzidette sembrano valere anche per il giudizio di ammissibilità che la Corte costituzionale si appresta a svolgere sul referendum relativo al c.d. *Jobs Act*², cioè sul quesito (reg. amm. ref. n. 169) con il quale si chiede l'abrogazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, nella sua interezza, e di alcune parti dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Tutte le disposizioni oggetto del quesito dettano norme in tema di licenziamenti illegittimi. Il d.lgs. n. 23 del 2015 si applica solo ai lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto, mentre l'art. 18 riguarda i lavoratori assunti in precedenza.

Il d.lgs. n. 23 del 2015 dispone una significativa riduzione delle ipotesi di tutela reale (cioè con reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro) in caso di licenziamenti illegittimi. Qualora «risult[i] accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa» il giudice dichiarerà estinto il rapporto di lavoro e condannerà il datore di lavoro al pagamento di un'indennità. Sono escluse dall'applicazione di queste norme alcune ipotesi peculiari (licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale).

* Professore associato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina.

¹ A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, Lezione tenuta presso la Scuola di cultura costituzionale dell'Università degli studi di Padova, consultabile in www.unipd.it/scuolacostituzionale, 2010, 17.

² La camera di consiglio per la discussione di questo giudizio è fissata per l'11 gennaio 2017.

Dunque, il quesito referendario, chiedendo l'abrogazione totale di questo decreto punta ad eliminare la normativa introdotta nel 2015 e a far riespandere quella di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970; al contempo, quest'ultima disciplina – a seguito dell'eventuale abrogazione referendaria parziale – sarebbe sfrondata di alcuni limiti alla tutela reale del lavoratore licenziato, attraverso l'eliminazione di quelle disposizioni che, nel testo oggi vigente, prevedono una tutela obbligatoria (quindi con il pagamento di un'indennità risarcitoria). In tal senso si segnalano soprattutto la soppressione per intero del comma 5 e quella di alcune parole dei commi 6, 7 e 8.

Ma il vero punto centrale del *referendum* è costituito dalla richiesta di abrogazione di talune formule contenute nei commi 6, 7 e soprattutto 8, che, in caso di esito positivo, risulterebbero del seguente tenore:

6. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al **quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo.**

7. Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero **che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo.**

8. Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che **in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti**³.

Dalla lettura della normativa di risulta si comprende agevolmente come l'intento dei promotori sia quello di prevedere come unica condizione per l'applicazione dei commi dal quarto al settimo (e quindi della tutela reale) l'aver alle dipendenze più di cinque dipendenti. Non pare esservi dubbio

³ Le parti evidenziate e riportate in grassetto sono quelle oggetto dell'eventuale abrogazione.

che la battaglia all'interno della Corte fra i sostenitori dell'ammissibilità e quelli dell'inammissibilità si giocherà sul grado di manipolazione che questo ritaglio normativo comporta.

Anche in questo caso, la Corte finirà con l'attingere dalla sua giurisprudenza il o i precedente/i che le consentiranno di motivare la decisione assunta. Nel giudizio in questione, l'ammissibilità sembra dipendere, più che da altre valutazioni, dalla verifica che la Corte sarà chiamata a svolgere sul presunto carattere manipolativo/propositivo del quesito. È dunque su questo punto che pare opportuno soffermarsi.

2. Dal carattere manipolativo del quesito all'inammissibilità della richiesta referendaria ovvero di un esito nient'affatto scontato

Secondo i sostenitori dell'inammissibilità del *referendum*⁴ e, da ultimo, secondo l'Avvocatura dello Stato⁵, siffatto carattere discenderebbe dal peculiare risultato cui condurrebbe l'applicazione della tecnica del ritaglio al comma 8 dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970. In proposito, occorre precisare che, almeno a parere di chi scrive, non sembrano configurabili vizi di inammissibilità in merito alla richiesta di abrogazione totale del d.lgs. n. 23 del 2015 e di abrogazione parziale dei commi 1, 4 e 5⁶ dell'art. 18 citato. Dunque, al netto delle considerazioni che di qui a poco si svolgeranno sui commi 6, 7 e 8 dell'art. 18, il quesito referendario sembra essere sufficientemente chiaro, univoco e dotato di matrice razionalmente unitaria. Com'è noto, però, non è possibile scindere il giudizio sull'ammissibilità del quesito a seconda delle norme prese in esame, ma è necessaria una valutazione unitaria che tenga conto, quindi, anche dei problemi che pone il comma 8 dell'art. 18.

Per tentare di comprendere se il grado di manipolazione prodotto dall'eventuale abrogazione referendaria sia accettabile o no, stando almeno ai canoni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte, è necessario fare un passo indietro e provare a ricostruire l'iter logico che i promotori del *referendum* hanno seguito nella loro difesa dinanzi alla Corte⁷.

Il comitato promotore osserva, in via preliminare, come la normativa in materia di licenziamenti illegittimi costituisca una disciplina «costituzionalmente necessaria» ma non «a contenuto costituzionalmente vincolato», di tal che non era ipotizzabile una richiesta di abrogazione totale dei due testi normativi in esame (d.lgs. n. 23 del 2015 e art. 18 della legge n. 300 del 1970) ma solo l'abrogazione totale del primo e un intervento abrogativo parziale del secondo. Dunque, il ricorso alla tecnica del ritaglio è, in questa prospettiva, una scelta obbligata, non potendo essere chiesta l'eliminazione totale dei due testi.

Sarebbe una ingenuità credere che il “ritaglio normativo” possa non avere, in qualche misura, una portata manipolativa. Il problema è, però, proprio questo: fino a che punto la giurisprudenza costituzionale ammette l'utilizzo di questa tecnica? E, di conseguenza, fino a dove può spingersi la manipolazione inevitabilmente prodotta dall'abrogazione di talune parole di una disposizione?

A queste domande ha dato una risposta (non sempre univoca) la Corte costituzionale, che negli ultimi venti anni ha introdotto e affinato una nozione nuova: quella di estraneità della disposizione di risulta rispetto al contesto normativo di riferimento. Prima di esaminare la giurisprudenza in materia, occorre precisare che l'utilizzo di formule linguistiche come “carattere manipolativo” o “estraneità al contesto normativo” va, senz'altro, relativizzato. Infatti, se per un verso qualsiasi

⁴ A. MORRONE, *Oltre l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori? Non un quesito abrogativo, ma un referendum propositivo inammissibile*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 21 dicembre 2016.

⁵ La cui memoria, nel senso dell'inammissibilità, è stata depositata il 5 gennaio 2017 ma, già qualche giorno prima, i principali quotidiani avevano riportato ampi stralci della stessa.

⁶ Invero, per il comma 5 si chiede l'abrogazione totale

⁷ Al riguardo si precisa che le argomentazioni sviluppate sia dalla difesa del Comitato promotore sia dall'Avvocatura dello Stato sono state riportate dalla stampa per ampi stralci. Inoltre, sul sito internet della CGIL è possibile consultare una *Scheda di sintesi sull'ammissibilità dei referendum*, redatta dal Prof. Avv. Vittorio Angiolini, che, verosimilmente, riassume i passaggi essenziali della memoria depositata dallo stesso difensore dinanzi alla Corte.

richiesta di abrogazione parziale di un testo reca, in sé, una qualche forma di manipolazione, per altro verso, l'estraneità al contesto normativo deve scontare il fatto che comunque, in caso di abrogazione parziale, si realizza una saldatura di parole, pur sempre, presenti in un testo.

Ecco allora che la linea di confine tra una manipolazione inammissibile in ragione della creazione di una norma estranea al contesto e una manipolazione ammissibile in virtù della saldatura di parti coerenti dello stesso testo è talmente sottile da complicare non poco la decisione del Giudice delle leggi⁸.

Ancora una volta – e si ritorna per questo verso ad una delle affermazioni di partenza – l'esito del giudizio dipenderà dai precedenti che la Corte deciderà di “pescare” dal suo repertorio. A questo punto, però, vale la pena di provare a delineare quali sono i precedenti al riguardo, prescindendo dalle specifiche materie trattate, che, come si diceva prima, poco rilievo hanno. Per quanto paradossale possa apparire, lo stesso precedente sull'art. 18, costituito dalla [sentenza n. 41 del 2003](#), non già solo per il fatto di riguardare la medesima norma è proficuamente utilizzabile nell'odierno giudizio. Al contrario, i precedenti che devono essere esaminati sono quelli in cui la Corte ha delineato la nozione di “estraneità al contesto normativo” della statuizione risultante dall'abrogazione referendaria parziale.

3. *L'argine alla manipolazione: la nozione di “estraneità al contesto normativo” della disposizione di risulta*

La prima compiuta elaborazione di questa nozione è presente nella [sentenza n. 36 del 1997](#), in cui la Corte così motiva l'inammissibilità della richiesta referendaria: *«In definitiva, l'abrogazione parziale chiesta con il quesito referendario si risolve sostanzialmente in una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole e il conseguente stravolgimento dell'originaria ratio e struttura della disposizione, di introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo. Per di più, con effetti di sistema rilevanti, se è vero che la disciplina del limite quantitativo degli introiti pubblicitari della concessionaria pubblica è accuratamente modulata sia in relazione all'ammontare del canone di abbonamento, sia in relazione ai proventi pubblicitari riservati alle altre concessionarie radiotelevisive e, più in generale, agli altri mezzi di comunicazione di massa.*

L'individuazione allora, nella struttura del quesito, accanto al profilo di soppressione di mere locuzioni verbali, peraltro inespressive di qualsiasi significato normativo, del profilo di sostituzione della norma abroganda con altra assolutamente diversa, non derivante direttamente dall'estensione di preesistenti norme o dal ricorso a forme autointegrative, ma costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, pone in luce il carattere propositivo del quesito stesso. Ma se così è, si fuoriesce dallo schema tipo dell'abrogazione “parziale”, proprio perché non si propone tanto al corpo elettorale una sottrazione di contenuto normativo, ma si propone piuttosto una nuova norma direttamente costruita.

La Corte ritiene che proprio i prospettati caratteri di questa domanda referendaria pongono in risalto che “in tal modo si verrebbero a produrre nell'ordinamento, in caso di approvazione, innovazioni non consentite al referendum abrogativo” ([sentenza n. 28 del 1987](#)).

In questo quadro, la particolare struttura della domanda referendaria pone quindi in luce l'impossibilità di ricondurre il referendum in esame entro lo schema dell'art. 75 della Costituzione, che “non implica affatto l'ammissibilità di richieste comunque strutturate, comprese quelle eccedenti i limiti esterni ed estremi delle previsioni costituzionali, che conservino soltanto il nome e non la sostanza del referendum abrogativo” ([sentenza n. 16 del 1978](#))» (punto 4 del cons. dir.).

Dai passaggi della motivazione sopra riportati si desume chiaramente che il carattere di estraneità (rispetto al contesto normativo) della statuizione risultante dall'abrogazione referendaria è

⁸ In tal senso si veda, a commento della [sentenza n. 36 del 1997](#), R. CALVANO, *Il «falso problema» dei referendum manipolativi*, in *Giur. cost.*, 1997, 322 ss., ma spec. 324.

determinato dall'impossibilità di ricavare (*ex se*) questa norma dall'ordinamento. La "deducibilità *ex se*" è precisata dalla Corte attraverso il richiamo a due ipotesi, che però non esauriscono il novero dei casi in cui essa è configurabile:

- a) qualora la norma sia «*derivante direttamente dall'estensione di preesistenti norme*»;
- b) o qualora la norma sia desumibile «*dal ricorso a forme autointegrative*».

La "creazione" di una nuova norma (quella di risulta) che non sia il frutto dell'estensione o dell'autointegrazione di altre preesistenti rende inammissibile la richiesta referendaria. In questo caso, infatti, la norma "estranea" è «*costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei*».

Nelle pronunzie successive questo criterio è ulteriormente ripreso e, in qualche caso, affinato. A partire dalla [sentenza n. 13 del 1999](#), inoltre, il canone dell'"estraneità al contesto normativo" trova un congeniale terreno di applicazione nei referendum su leggi elettorali. In proposito, nella sentenza citata, così argomenta la Corte: «*Le anzidette considerazioni consentono altresì di escludere che il referendum in esame abbia carattere manipolativo o surrettiziamente propositivo. Esso, infatti, abrogando parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, per ciò che attiene alla ripartizione del 25% dei seggi, non la sostituisce con un'altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, che il quesito ed il corpo elettorale non possono creare ex novo né direttamente costruire (sentenza n. 36 del 1997), ma utilizza un criterio specificamente esistente (sia pure residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del referendum (art. 77, n. 3).*

In definitiva, caducati, come effetto della proposta abrogazione referendaria, le liste, il voto di lista e la ripartizione del 25% dei seggi secondo il metodo proporzionale collegato alle liste stesse, rimarrebbe, con il contenuto prescrittivo proprio, il criterio per l'attribuzione dei seggi in base alla cifra individuale di ogni candidato, criterio che continuerebbe ad applicarsi con le modalità consentite dal sistema residuo» (punto 5 del cons. dir.).

Negli stessi termini (e anche con le stesse espressioni linguistiche) si veda la [sentenza n. 33 del 2000](#) (punto 3 del cons. dir.). Sempre in materia di referendum elettorale, ripropongono la stessa argomentazione la [sentenza n. 34 del 2000](#) [«*Il quesito referendario è diretto ad abrogare parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, senza sostituire ad essa una disciplina estranea allo stesso contesto normativo: si tratta di una abrogazione parziale, da ritenere ammissibile, e non della costruzione di una nuova norma mediante la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, che caratterizzerebbe un inammissibile quesito propositivo (sentenza n. 36 del 1997), il quale non rientra nello schema dell'art. 75 della Costituzione perché, anziché far deliberare la abrogazione anche solo parziale di una legge, sarebbe invece destinato a far costruire direttamente dal corpo elettorale una disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo (sentenza n. 13 del 1999). Nel caso in esame, invece, caducato, per effetto dell'abrogazione referendaria, il voto di lista, rimarrebbe il criterio dell'attribuzione dei seggi in base ai voti ottenuti da ciascun candidato» (punto 3 del cons. dir.)] e le [sentenze nn. 15 e 16 del 2008](#) [«*Se si rimane sul piano dell'oggettività e dell'attualità del fine, il quesito deve essere considerato – per i motivi sopra esposti – chiaro, univoco e omogeneo. La manipolazione prospettata non supera i limiti propri di ogni proposta di abrogazione referendaria riguardante una legge elettorale. Essa non mira a sostituire la disciplina vigente con un'altra assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, trasformando l'abrogazione in legislazione positiva (sentenza n. 36 del 1997), ma utilizza i criteri di assegnazione dei seggi già esistenti, restringendo l'arco delle possibilità offerte ai partiti ed ai gruppi politici» (negli stessi termini entrambe le sentenze al punto 5.3 del cons. dir.)].**

I criteri di valutazione indicati nella [sentenza n. 36 del 1997](#) sono ripresi e approfonditi nella [sentenza n. 38 del 2000](#): «*In più di una occasione, questa Corte ha chiarito che con la tecnica del ritaglio non può essere perseguito l'effetto, proprio di un referendum propositivo, di sostituire la disciplina investita dalla domanda referendaria "con un'altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, che il quesito ed il corpo elettorale non possono creare ex novo né direttamente costruire" (sentenza n. 13 del 1999); né può dirsi, con riguardo alla richiesta ora*

sottoposta allo scrutinio di ammissibilità, che l'introduzione dell'azione diretta nei confronti del magistrato, accanto alla perdurante possibilità di proporre l'azione contro lo Stato, possa realizzarsi grazie a meccanismi di riespansione o autointegrazione dell'ordinamento attivati dall'eventuale abrogazione popolare.

Il risultato che i promotori si propongono di provocare, in altri termini, non deriverebbe "come effetto di sistema da un'operazione in se stessa conforme alla natura abrogativa dell'istituto previsto dall'art. 75 della Costituzione" ([sentenza n. 31 del 1997](#)).

Invece il fine che i promotori si propongono e che risulta oggettivo nella domanda referendaria è perseguito in modo contrario alla natura dell'istituto e pertanto inammissibile, poiché la proposta referendaria non si presenta come puramente ablativa, bensì come innovativa e sostitutiva di norme.

Nel presente caso, in altri termini, il quesito assumendo carattere propositivo non può ricondursi allo schema dell'abrogazione parziale, "perché non si propone tanto al corpo elettorale una sottrazione di contenuto normativo, ma si propone piuttosto una nuova norma direttamente costruita" ([sentenza n. 36 del 1997](#))» (punto 3 del cons. dir.).

Da ultimo, la [sentenza n. 46 del 2003](#) riprende le argomentazioni sopra esposte applicandole ad un quesito in cui la manipolazione era particolarmente evidente [«Preliminarmente va osservato che l'oggetto del referendum abrogativo è solo in parte coincidente con altra richiesta referendaria dichiarata ammissibile da questa Corte con la [sentenza n. 64 del 1990](#); nel caso attualmente in esame, infatti, oltre alla seconda parte della lettera h) dell'art. 5 della legge n. 283 del 1962, relativa alla procedura ministeriale di autorizzazione all'uso limitato di particolari sostanze, già oggetto del referendum abrogativo svoltosi nel 1990, viene richiesta anche la eliminazione dell'inciso contenuto nella prima parte della stessa lettera h), relativo alla previsione che possano essere impiegati in agricoltura prodotti "per la protezione delle piante e a difesa delle sostanze alimentari immagazzinate"».

Appare, dunque, evidente l'effetto manipolativo dell'abrogazione proposta – effetto assente nel precedente referendum – dalla quale scaturirebbe un divieto generalizzato ed assoluto di utilizzazione di prodotti in grado di determinare residui tossici per l'uomo nella produzione agricola delle sostanze alimentari e nella loro conservazione, nonché di preparazione, vendita, detenzione per la vendita e distribuzione per il consumo di ogni prodotto alimentare che possa contenere una qualsiasi quantità di "residui di prodotti tossici per l'uomo" – espressione tanto generica da riferirsi ad una serie indeterminata di sostanze, identificate esclusivamente per la loro potenziale tossicità –.

[...]

La proposta referendaria va quindi dichiarata inammissibile, consistendo "in una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole ed il conseguente stravolgimento dell'originaria ratio e struttura della disposizione, di introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo" ([sentenza n. 36 del 1997](#) e, analogamente, [sentenze n. 13 del 1999](#) e [n. 34 del 2000](#))» (punto 2 del cons. dir.).

4. La "pesca" dei precedenti più coerenti con il caso di specie e la conseguente inammissibilità dell'odierno quesito

Per le ragioni che si è cercato di illustrare prima, i precedenti che, a parere di chi scrive, devono essere "pescati" nell'odierno giudizio di ammissibilità non sono costituiti da quelli concernenti la specifica materia in esame, vale a dire l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, quanto piuttosto da quelli relativi ai canoni di valutazione del grado di manipolazione indotto dal quesito.

In particolare, al di là dell'identità della norma, non sembra risolutivo il richiamo alla [sentenza n. 41 del 2003](#)⁹. Nel caso in questione, infatti, il quesito referendario mirava «*all'estensione della garanzia reale contro i licenziamenti ingiustificati ai lavoratori che attualmente, in conseguenza dei limiti numerici [previsti nell'art. 18], godono esclusivamente della garanzia obbligatoria*». L'obiettivo in parola era perseguito «*da un lato, attraverso l'eliminazione dei limiti numerici che impediscono attualmente alla garanzia reale di operare in favore dei lavoratori impiegati nelle piccole strutture produttive; dall'altro, parallelamente a questa estensione, attraverso l'abrogazione della norma che attualmente assicura a questi lavoratori soltanto la garanzia obbligatoria*».

Il referendum mirava, altresì, «*all'estensione della medesima garanzia reale anche ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività "di tendenza"*» (punto 2.3 del cons. dir.).

La linearità del quesito, oltre che da quanto sopra riportato, si coglieva anche dall'indicazione delle disposizioni da abrogare che erano limitate «*a parte del comma primo e ai commi secondo e terzo*». Si trattava, dunque, di parti organiche del tessuto normativo, non solo perché ad essere fatti oggetto del quesito erano due interi commi (secondo e terzo), ma anche perché nello stesso primo comma venivano scorporate parti organiche¹⁰, senza che residuassero frammenti normativi destinati a saldarsi con frasi precedenti.

Certamente non è semplice distinguere una "parte organica" da un "frammento normativo", ma in talune ipotesi, come quella del giudizio deciso con la [sentenza n. 41 del 2003](#), già un criterio formalistico (legato, cioè, alla richiesta di abrogare un intero articolo o un intero comma o un periodo di un comma) agevola il compito del Giudice delle leggi.

Nell'odierno giudizio di ammissibilità, con riferimento ai commi 6, 7 e soprattutto 8 dell'art. 18, l'eliminazione di alcune parole determina la sopravvivenza di frammenti normativi, se non di vere e proprie "isole normative" (si pensi alla parola «*quarto*» nel comma 6, alle parole «*per giustificato motivo oggettivo*» nel comma 7, alle parole «*cinque dipendenti*» nel comma 8), che finiscono con il saldarsi con il resto delle disposizioni non soggetto all'abrogazione referendaria.

L'inammissibilità di siffatta operazione è resa evidente dalla natura di alcune di queste c.d. *isole normative*; il limite di cinque dipendenti è previsto, nel testo vigente, all'interno di una "norma speciale", quella concernente gli imprenditori agricoli, derogatoria rispetto sia alla previsione generale del limite di quindici dipendenti sia alla previsione "residuale" del limite di sessanta dipendenti.

Peraltro, la previsione del limite dei cinque dipendenti non è, di per sé, estensibile a tutti i settori ma risponde ad una specifica esigenza di quanti operano nel settore dell'agricoltura, nel quale il numero di lavoratori è, in relazione all'ambito preso in esame dall'art. 18 (sede, stabilimento, filiale, ufficio, reparto autonomo o Comune), inferiore rispetto all'attività di produzione industriale o artigianale.

In questo caso, quindi, non si verifica nessuna delle ipotesi, indicate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in cui la manipolazione esclude la creazione di una norma estranea al contesto normativo. Non può, infatti, ritenersi che la previsione del limite dei cinque dipendenti per l'applicazione della tutela reale sia il frutto della «*riespansione*» di norme già esistenti, né che sia la

⁹ Come invece sostengono G. AZZARITI, *Perché è ammissibile il referendum sull'articolo 18*, in *il Manifesto*, 29 dicembre 2016, e F. PALLANTE, *Jobs Act, il referendum del 2003 è chiaro: da che parte sta la Corte costituzionale?*, in www.libertaegiustizia.it, 7 gennaio 2017.

¹⁰ «Limitatamente alle sole parole "che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo" e all'intero periodo successivo che recita: "Tali disposizioni si applicano altresì ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro"».

conseguenza di un'«*autointegrazione dell'ordinamento attivata dall'eventuale abrogazione popolare*» ([sentenza n. 38 del 2000](#)).

Piuttosto, la normativa, che deriverebbe dall'eventuale accoglimento dell'odierno quesito referendario, costituisce un esempio lampante di quella «*saldatura di frammenti lessicali eterogenei*», di cui ha parlato, in più decisioni, la Corte costituzionale.

5. Una chiosa finale

Corre voce che qualche anno fa un giudice della Corte costituzionale abbia così risposto a chi gli chiedeva lumi sulla coerenza di una decisione della Corte rispetto ai suoi precedenti: «*i precedenti sono fatti per essere superati!*». Non vi è dubbio che quella anzidetta sia una frase ad effetto, destinata a rimanere tale solo in alcune fantasiose ricostruzioni giornalistiche. Vi sono però dei casi in cui il *novum* di una pronuncia del Giudice delle leggi è tale da indurre a ripensare all'affermazione di cui sopra senza escluderne un barlume di fondatezza.

A prescindere dalle frasi ad effetto, il superamento del precedente può essere anche una cosa buona e persino necessaria, se cambia il contesto normativo o fattuale o se si evolve la coscienza sociale. In generale, la coerenza degli orientamenti giurisprudenziali è un valore legato all'esigenza di certezza e prevedibilità delle decisioni della Corte, esigenza particolarmente importante in un ambito così politicamente sensibile come quello del giudizio di ammissibilità del *referendum*. Pertanto – al solo fine di assicurare la coerenza degli orientamenti giurisprudenziali – speriamo che la Corte non prenda sul serio questa “voce”!

Alberto Randazzo

**La rappresentanza delle Regioni e l'insufficienza dei tradizionali organismi di concertazione (in particolare, la Conferenza Stato-Regioni e il Comitato delle Regioni).
Prime osservazioni***

Sommario: 1. *Premessa*. – 2. *Rappresentanza politica vs. rappresentanza territoriale o rappresentanza politica e rappresentanza territoriale*. – 3. *Le vie della rappresentanza regionale: il versante interno*. – 4. *Il “versante” esterno: qualche riflessione sul ruolo del Comitato delle Regioni*. – 5. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

Come tutti sanno, la contingenza politica in cui ci troviamo appare connotata da non poca incertezza, a motivo dell'esito referendario che ha portato alle dimissioni del Governo Renzi; la riforma costituzionale sottoposta al vaglio dei cittadini, qualora fosse giunta a compimento, incidendo sul sistema bicamerale che da perfetto sarebbe divenuto imperfetto (con la trasformazione del Senato in Camera delle istituzioni territoriali), avrebbe comportato rilevanti conseguenze sulle dinamiche della rappresentanza (politica e territoriale).

Non si ritiene opportuno soffermare l'attenzione sul merito della revisione costituzionale in parola, che adesso appartiene alla storia costituzionale, sebbene non si possa escludere che proprio sulla base di essa riprenderanno vigore, presto o tardi, quelli che a me piace chiamare “moti riformatori”, che da almeno un trentennio non si sono di fatto mai arrestati; ciò che preme dire, però, è solo che non è affatto sicuro che il Senato, qualora la revisione fosse stata approvata dal corpo elettorale, sarebbe stato davvero ciò che avrebbe dovuto essere nelle intenzioni del legislatore di riforma¹. Qualche altra considerazione in merito si proporrà in sede di osservazioni conclusive; in ogni caso, al di là delle riflessioni che possono farsi in merito al risultato referendario, ciò che è certo è che l'ampia affluenza dei cittadini manifesta l'esigenza avvertita da questi ultimi di far sentire la propria voce e quindi la voglia di partecipare, il che appare un dato non affatto trascurabile che non fa altro che dare rinnovato rilievo al tema della rappresentanza.

Quanto adesso detto sembra da considerare alla luce del contesto più ampio in cui ci troviamo inseriti; la contingenza storico-politica che viviamo appare connotata, almeno secondo alcuni, da una crescente crisi (o comunque limitazione) della sovranità degli Stati, quale principale ricaduta (non necessariamente negativa) del fenomeno della globalizzazione e del connesso e sempre più pervasivo ruolo delle istituzioni sovranazionali². Tale crisi, a sua volta, non può che tradursi nella (o, se si preferisce, essere il riflesso della) compressione della sovranità popolare. Se questo si condivide, non si può che prendere atto, in una consequenzialità logica che non sembra avere alternative, che l'ordinamento oggi è costretto a convivere con un *deficit* democratico che non è possibile sottovalutare (o, peggio, ignorare) e che, in ultima istanza, ne indebolisce la struttura.

* Testo rielaborato di un intervento svolto al Seminario italo-spagnolo, su *Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione*, Catania, 5-7 dicembre 2016.

¹ Al riguardo, sia consentito rinviare ad A. RANDAZZO, *Riflessioni sulla riforma Renzi-Boschi, con specifico riguardo al nuovo Senato*, in [Diritti regionali](#), 10 ottobre 2016, § 3, ora anche in AA.VV., *Forma di Governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella, Napoli 2016, 217 ss. In tema di riforma costituzionale, la letteratura è sconfinata; da ultimo, v. i contributi contenuti nel volume ora cit. *Ivi*, una ricostruzione storica particolarmente interessante sul dibattito che si ebbe sulla seconda Camera “nel periodo di fondazione della Repubblica” e in generale sulle riforme tentate (o riuscite) è operata da G. MOSCHELLA, *La riforma della Costituzione tra ruolo della II Camera, forma di governo e referendum costituzionale*, 5 ss.

² Cfr. quanto osserva G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*, Santarcangelo di Romagna (RM) 1999, 199 ss. In argomento, da ultimo, cfr. A. RUGGERI, [Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica](#), in questa [Rivista](#), 2016/III, 444 ss.

Soffermando l'attenzione sulla democrazia rappresentativa e su quella diretta, si può rilevare che queste due forme di democrazia costituiscono due facce della stessa medaglia, il concetto di democrazia riempiendosi di significato grazie al virtuoso ed equilibrato combinarsi dell'uno e dell'altro tipo, entrambi serventi la medesima causa³; per quanto riguarda la prima⁴, il cui "cuore pulsante" è appunto la rappresentanza politica, non si può fare e meno di notare che essa risenta (e non poco) della crisi che ormai da tempo investe i partiti politici⁵, della quale essi costituiscono strumenti di attuazione costituzionalmente previsti⁶.

Alla luce di quanto detto e riavvolgendo i fili del discorso, pertanto, se non v'è dubbio che la rappresentanza politica è alla base della democrazia rappresentativa⁷, sembra adesso opportuno interrogarsi sulla possibilità di "calare" i ragionamenti fin qui fugacemente svolti alla realtà delle autonomie territoriali, anche nella consapevolezza della loro incidenza sulle dinamiche democratiche del nostro ordinamento nella misura in cui "danno luogo ad una nuova modalità per la partecipazione dei cittadini"⁸. A questo proposito, vediamo adesso, quindi, quali sono le sedi (o almeno alcune di esse) nelle quali si realizza la rappresentanza delle Regioni, alla luce della Carta costituzionale.

2. Rappresentanza politica vs. rappresentanza territoriale o rappresentanza politica e rappresentanza territoriale

Per prima cosa, però, sembra opportuno affrontare, seppure in modo succinto, un profilo che appare funzionale al prosieguo della riflessione.

Se si volesse definire, in poche battute, cosa si intende per rappresentanza politica si potrebbe osservare che essa appare precipua attuazione della sovranità popolare ed espressione dell'"autogoverno sovrano del popolo"⁹; non si può fare a meno di ricordare come in capo al

³ Non si tratta infatti di "sistemi alternativi [...], ma sono due sistemi che possono integrarsi a vicenda"; potrebbe dirsi, infatti, che "in un sistema di democrazia integrale le due forme di democrazia sono entrambe necessarie ma non sono [...] sufficienti" (N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino 1995, 47). Come si sa, la democrazia rappresentativa si inverte attraverso i rappresentanti eletti dai cittadini e quella diretta si attua per mezzo degli strumenti predisposti dall'ordinamento per consentire la partecipazione, appunto diretta, del popolo, compresa – in alcuni casi – la possibilità di revocare gli eletti. Tale possibilità, ossia quella che vi siano rappresentanti che possono essere revocati dai rappresentati, manifesta come i due tipi di democrazia possano anche intrecciarsi, la linea di confine tra l'una e l'altra essendo molto labile (sul punto, v. N. BOBBIO, *op. et loc. ult. cit.*).

⁴ ... e "la democrazia moderna è strutturalmente rappresentativa", come rileva A. MORELLI, *Rappresentanza politica, autonomie territoriali e costituzionalismo*, in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi-A. Morelli-F. Pizzolato, Milano 2016, 475.

⁵ In argomento, tra i tanti, v., da ultimo, F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in AA.VV., *Forma di Governo*, cit., 49 ss.

⁶ Anche sulla stretta connessione tra rappresentanza e partiti, la letteratura è incontestabile; v. tra i tanti D. NOCILLA-L. CIAURRO, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, 571 ss.; M. COTTA, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Il Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino 2004, 803. Non è mancato chi si è chiesto se si tratta di crisi della rappresentanza politica o piuttosto delle istituzioni rappresentative (a tal proposito, v. G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 187 ss.); sulla crisi della rappresentanza politica, v. anche tanti D. NOCILLA-L. CIAURRO, (voce) *Rappresentanza politica*, cit., 594 ss.; A. MANGIA, *Regioni, rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, in *Le Regioni*, 4/2010, 758, che al riguardo si rifa a quanto affermato da V.E. Orlando.

⁷ Non a caso G.F. FERRARI, (voce) *Rappresentanza istituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma 1991, § 5, osserva che "la rappresentanza politica costituisce l'insostituibile presupposto su cui riposa l'assetto politico-ordinamentale delle democrazie occidentali contemporanee". Si domanda invece se "la rappresentanza fond[i] ancora l'ordine democratico", nonché se "la democrazia della modernità sia, ancora oggi, la democrazia rappresentativa", M. DELLA MORTE, *Quale futuro per la rappresentanza politica?* in AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?* a cura di A. Morelli, Milano 2015, 9.

⁸ Sul tema, v. G. DUSO, *Le autonomie per ripensare la democrazia*, in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit., 1 ss. (il riferimento testuale è a p. 15)

⁹ S. FURLANI, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Noviss. Dig.*, vol. XIV, Torino 1976, 872. Sulle molteplici definizioni della rappresentanza politica, v., tra i tanti, anche G.F. FERRARI, *op. cit.*, § 3.

rappresentante debba potersi ricondurre una responsabilità politica nei confronti del rappresentato¹⁰, strettamente connessa al potere che il primo ha in forza dell'“investitura” popolare¹¹, grazie alla quale i rappresentati possono far valere la responsabilità degli stessi rappresentanti¹²; lungi dall'essere un elemento di poco conto, quest'ultimo aspetto conferisce il “senso della rappresentanza politica”, quale “possibilità di controllare il potere politico attribuita a chi il potere non può esercitare di persona”¹³.

Per un verso, allora, in sintesi, ne deriva quindi un “nesso indefettibile tra potere e responsabilità”¹⁴ (e quindi tra quest'ultima e la rappresentanza¹⁵), mentre, per un altro verso, la rappresentanza politica è pacificamente e storicamente subordinata al momento elettivo, non potendo cioè prescindere dal conferimento di potere che solo può aversi, appunto, con le elezioni¹⁶, che al tempo stesso costituiscono uno dei mezzi con i quali meglio si esercita la funzione di controllo di cui si è detto¹⁷; in altre parole, non può esservi rappresentanza (e “mandato rappresentativo”) senza “procedimento elettorale”, che ne è la “fonte” da cui origina e che è la principale modalità con la quale il popolo esplica la sua sovranità¹⁸ (a ciò si aggiunga che a chi esercita la rappresentanza politica è dato anche il compito di esercitare un controllo sull'operato del Governo¹⁹).

Discorrendo, invece, di rappresentanza territoriale²⁰, si fa riferimento alla capacità, che diventa dovere e mandato, dei rappresentanti di farsi portavoce degli interessi e delle istanze di un determinato territorio e della comunità che in esso è stanziata (e quindi di interessi “settoriali”²¹). In questo caso, il momento elettivo può esserci o meno, come nel caso di un assessore nominato dal Presidente della Giunta regionale (a sua volta, eletto a suffragio universale).

L'uno e l'altro tipo di rappresentanza lungi dall'essere in contrapposizione appaiono piuttosto “complementari”, entrambi concorrendo allo sviluppo ed alla compiuta realizzazione della democrazia rappresentativa, imprescindibile via da percorrere perché – combinandosi con le forme della democrazia diretta – possa inverarsi la democrazia *tout court*²².

A questa considerazione è da aggiungere che il rapporto che lega i rappresentanti territoriali (come i consiglieri regionali) con il corpo elettorale è certamente di rappresentanza politica; non a caso, il giudice delle leggi ha riconosciuto alle Regioni “il ruolo [...] di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività”²³. Ecco allora che nell'ambito territoriale di riferimento non si

¹⁰ Sul collegamento tra rappresentanza politica e responsabilità, v., tra i molti altri, D. NOCILLA-L. CIAURRO, *op. cit.*, 567 ss.; G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 217, e M. COTTA, *op. cit.*, 803 s.

¹¹ Il momento fondamentale in cui si esercita il controllo sui rappresentanti è quello delle elezioni: cfr. D. NOCILLA-L. CIAURRO, *op. cit.*, 569; S. LABRIOLA, (voce) *Rappresentanza*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, vol. V, Milano 2006, 4827.

¹² ... in specie, con la mancata rielezione. In argomento, cfr. S. LABRIOLA, *op. cit.*, 4829.

¹³ M. COTTA, *op. cit.*, 801. In argomento, cfr. anche G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 343 s.

¹⁴ S. LABRIOLA, *op. cit.*, 4828.

¹⁵ D. NOCILLA-L. CIAURRO, *op. cit.*, 568.

¹⁶ Sconfinata è la letteratura al riguardo (con orientamenti di diverso segno); per tutti, cfr., almeno, S. FURLANI, *op. cit.*, 872; D. NOCILLA-L. CIAURRO, *op. cit.*, 564 s., 567 s.; G.F. FERRARI, *op. cit.*, §§ 3 s.; G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 23, *ma passim*.

Nella giurisprudenza costituzionale, v. [sentt. nn. 15 e 16 del 2008](#), p. 6.2 del *cons. in dir.*

¹⁷ M. COTTA, *op. cit.*, 804.

¹⁸ G.F. FERRARI, *op. cit.*, § 4. Di diverso avviso sono L. BUFFONI-A. CARDONE, *La rappresentanza politica delle “istituzioni territoriali” della repubblica*, in *Ist. fed.*, 1/2016, 71, che osservano che il “rapporto rappresentanza-elezioni non è costitutivo”; questi autori sono dell'idea che “l'elezione non è condizione necessaria perché si abbia rappresentanza politica” (72). Tuttavia, “il legame tra elezioni e rappresentanza politica diventa più forte quando i rappresentanti producono leggi” (72).

¹⁹ S. LABRIOLA, *op. cit.*, 4829.

²⁰ ... le cui origini sono approfonditamente indagate da I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli 2006, 11 ss.

²¹ I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 83.

²² Una ricostruzione dei rapporti tra i due tipi di rappresentanza qui evocati è di I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 14 ss. Più di recente, v. quanto osserva I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato*, Napoli 2010, 79 ss. In generale, G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 50, rileva che il “nodo” della rappresentanza è proprio dato dalla “contrapposizione tra interesse generale e interessi particolari”.

²³ [Corte cost. n. 379 del 2004](#) (p. 2 del *cons. in dir.*), alla quale accenna I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 87 s.

può negare che i rappresentanti agiscano nell'interesse generale, seppure la loro funzione e la loro azione siano contestualizzate e circoscritte, appunto, entro i confini di quell'ente²⁴.

La ricostruzione qui accennata mette in luce la profonda commistione esistente tra rappresentanza politica e territoriale; in sede locale, i rappresentanti territoriali sono anche politici, ma anche al livello centrale essi operano in questa doppia veste. In questo senso, allora, si possono intendere “gli organi territoriali come luoghi di ricomposizione dell'unità politica”²⁵, il che parrebbe trovare il conforto degli artt. 5 e 114 della Carta²⁶. Inoltre, non è mancato chi ha osservato che “non è possibile separare l'aspetto politico da quello territoriale”, in quanto quest'ultimo non può che essere anche politico e “tutte le politiche sono territoriali, perché sono necessariamente radicate”²⁷. La rappresentanza territoriale avrebbe quindi, secondo questa ricostruzione, una ineliminabile “natura politica”²⁸, anche a motivo delle ricadute che questioni specificamente territoriali possono avere (e solitamente hanno) sul piano politico²⁹: a riprova di quanto sia arduo distinguere in modo netto i due tipi di rappresentanza, la “linea di demarcazione” tra di esse sembrando essere alquanto sfumata³⁰. Ciò che si intende dire, riflettendo sulla realtà regionale, è che è certamente configurabile una forma di rappresentanza (di tipo politico) che gli elettori hanno attraverso l'opera e la funzione dei Consigli regionali nell'ambito territoriale di riferimento³¹, tuttavia il punto debole pare essere il *deficit* di rappresentanza che essi – e gli enti regionali in generale – soffrono se dalla periferia ci si sposta verso il centro, ossia a livello statale. In ogni caso, se lo Stato rappresentativo rappresenta il popolo (soprattutto per la presenza del momento elettivo)³², va da sé che anche gli elettori regionali trovino a livello statale adeguata rappresentanza dei propri interessi (nella misura in cui questi ultimi rientrano nell'alveo dell'interesse generale). Quanto detto, però, com'è ovvio, non può essere sufficiente per soddisfare gli interessi (che per forza di cose possono essere) particolari, connessi alle istanze del territorio di appartenenza; ecco perché occorre domandarsi se e come le istanze regionali possano trovare adeguata “sede” di espressione a livello parlamentare. Secondo un orientamento dottrinale³³, alle Regioni sarebbe data la possibilità di dettare un indirizzo politico anche capace di discostarsi da quello di Parlamento e Governo; a prescindere da questa impostazione, sulla quale non pochi dubbi sono sorti negli anni (di cui si è fatta interprete anche la Corte costituzionale)³⁴, non si può fare a meno di notare – per tornare alla questione principale – come gli interessi degli elettori regionali siano tutt'al più rappresentati a livello regionale (appunto, nei Consigli regionali³⁵), ma il problema che ci siamo posti (relativo, come detto, alla possibilità che gli interessi regionali siano poi rappresentati al livello statale) permane. È su questo profilo, allora, che dobbiamo appuntare la nostra attenzione.

²⁴ Al riguardo, v. [Corte cost. n. 426 del 1999](#), dove in un *obiter dictum* si legge del “carattere strettamente territoriale della rappresentanza politica regionale” (p. 4 del *cons. in dir.*).

²⁵ I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 83.

²⁶ *Ibidem*, 87.

²⁷ L. BUFFONI-A. CARDONE, *op. cit.*, 59.

²⁸ *Ibidem*, 62.

²⁹ *Ibidem*, 59.

³⁰ R. CARIDÀ, *Le autonomie territoriali tra rappresentanza, istanze pluralistiche e deficit di valorizzazione*, in AA.VV., *La democrazia rappresentativa*, cit., 150.

³¹ È di questa idea anche A. MANGIA, *op. cit.*, 759 s. (v. anche 771), muovendo dalla distinzione tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi. In argomento, v. C. CARUSO, *Consigli regionali e rappresentanza politica*, in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit., 61 ss.; *ivi*, un ridimensionamento del ruolo dei Consigli regionali è operato da M.E. BUCALO, *Sovranità e rappresentanza politica nelle Regioni. Crisi del sistema politico e “mobilità” parlamentare*, 28 ss.

³² G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 28, che osserva come, per essere tale, sia comunque necessario che “la sua articolazione si fond[i] su un legame stabile ed incisivo con il popolo attivato attraverso organi che abbiano come fine quello di rappresentare il popolo e che di norma vengano formati attraverso l'elezione dei loro titolari”. L'A. osserva poi che “il carattere rappresentativo di un organo è legato inscindibilmente al requisito dell'elettività” (60).

³³ Tra i tanti, T. MARTINES, *Studio sulla autonomia politica delle regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., pure richiamato da A. MANGIA, *op. cit.*, 761.

³⁴ A. MANGIA, *op. cit.*, 761 s.

³⁵ ... che comunque – com'è stato fatto notare – fanno leggi specialmente rivolte alla Amministrazione (A. MANGIA, *op. cit.*, 764, ma *passim*).

Se quanto detto si condivide, occorre però chiedersi a che “serva” discorrere di rappresentanza delle Regioni (sia essa politica o territoriale) a fronte di una evidente e crescente crisi delle autonomie³⁶, che paradossalmente fa da *pendant* alle spinte federaliste che oggi si registrano nella società. Non si può fare a meno di notare, infatti, come all’interno delle dinamiche ordinamentali si assista ad una “asfissiante pressione centralistica”³⁷.

Tuttavia, appuntare l’attenzione sull’ente in discorso sembra opportuno proprio alla luce delle pressanti “istanze autonomiste”, che spingono l’ordinamento verso “nuovi lidi”, quelli appunto tipici del federalismo (lemma che invero dice ben poco, se non si precisa a che tipo di federalismo si vorrebbe tendere); peraltro, l’attenzione verso le Regioni (oltre che nei riguardi delle altre autonomie territoriali) si giustifica ancora di più se si pensa che esse svolgono un continuo, prezioso ed imprescindibile ruolo (specialmente attraverso la legislazione) nella tutela dei diritti (e delle libertà) fondamentali.

3. *Le vie della rappresentanza regionale: il versante interno*

Riflettendo sulla “declinazione regionale”³⁸ della rappresentanza (politica), non si può fare a meno di ricordare – seppure per brevissimi cenni – le note pronunce della Corte costituzionale con cui quest’ultima ha escluso che negli statuti di Liguria e Marche si potesse parlare di “Parlamento” in riferimento al Consiglio regionale ([sentt. n. 106](#) e [306 del 2002](#))³⁹; queste decisioni appaiono particolarmente degne di nota, in quanto in esse il giudice delle leggi ha ben definito le diverse posizioni tra i due organi ai quali è demandata la funzione legislativa a livello statale e regionale, ciò ulteriormente rafforzando l’idea che, conseguentemente, i tipi di rappresentanza che in ognuno di essi si attua non siano omologabili⁴⁰.

Volgendo quindi lo sguardo all’esperienza regionale, sembra il caso di distinguere due diversi livelli nei quali si esplica la rappresentanza: quello interno e quello esterno. In merito al primo, sembra opportuno appuntare l’attenzione sul ruolo della Conferenza Stato-Regioni⁴¹, all’interno della quale pare che quella mescolanza tra i due tipi di rappresentanza trovi espressione tangibile. Com’è noto, essa è composta – per la parte delle autonomie – dai Presidenti delle Giunte, i quali a loro volta sono eletti a suffragio universale e diretto. Questi ultimi, quando operano all’interno della Conferenza, si fanno certamente portatori degli interessi peculiari della propria Regione, tuttavia il loro rapportarsi con il Governo comporta una continua integrazione dei valori di unità (e quindi dell’interesse nazionale) e di autonomia (e quindi degli interessi territoriali). D’altra parte, però, qualcuno ha fatto

³⁶ Sul tema, tra i tanti, v. G. FALCON, *A che servono le Regioni?*; F. MERLONI, *Alla ricerca di un nuovo senso per un regionalismo in crisi*; V. ONIDA, *Le cause profonde della crisi del regionalismo*, tutti in *Le Regioni*, 4/2012, rispettivamente 767 ss., 783 ss., 791 ss. Di recente, A. PIRAINO, *La dimensione europea della riorganizzazione macroregionale*, in [Federalismi.it](#), 3/2015, 3, ha rilevato che “l’attuale regionalismo è considerato ‘al capolinea’”.

³⁷ R. BIN, *La crisi delle Regioni. Che fare?*, in *Le Regioni*, 4/2012, 738.

³⁸ ... come la definisce anche D.G. BIANCHI, *Rappresentanza politica e trasformismo nelle assemblee regionali italiane. Verso un’agenda di ricerca*, in *Ist. fed.*, 3/2014, 652.

³⁹ ... sulle quali, tra i molti altri, v. D.G. BIANCHI, *Rappresentanza politica*, cit., 654 ss.; C. CARUSO, *op. cit.*, 70 s.

⁴⁰ Sembra interessante notare che la Consulta, nella [sent. n. 50 del 2015](#), p. 3.4.3, discorrendo dei “diversi livelli di governo territoriale”, ha prospettato “la possibilità di diversificare i modelli di rappresentanza politica ai vari livelli”. Quanto ora detto, se da un lato, appunto, mette in luce come sussistano talune differenze sotto il profilo della rappresentanza tra i vari livelli, dall’altro sembra rilevare che si tratti pur sempre di rappresentanza politica (sebbene diversa). Non è forse il caso di indugiare oltre sul punto, tuttavia sarebbe da chiedersi se al riguardo la Corte abbia “cambiato idea”, abbandonando la tradizionale differenza tra rappresentanza politica e territoriale (o di interessi).

⁴¹ ... sulla quale, in aggiunta alla letteratura che si è occupata del tema, v. da ultimo l’indagine conoscitiva svolta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali ed avviata l’11 novembre 2015 (consultabile all’indirizzo telematico [www.senato.it](#)), sulla quale cfr. anche G. D’AMICO, *Il sistema delle conferenze alla prova di maturità. Gli esiti di un’indagine conoscitiva*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.* Non a caso, come risulta dall’indagine conoscitiva ora cit. (17), c’è chi ha rilevato che il sistema delle conferenze abbia finora svolto «una forma di supplenza della rappresentanza territoriale» (S. Mangiameli).

notare che la Conferenza sia finita per essere “cassa di risonanza delle decisioni del Governo, piuttosto che un organo teso a canalizzare le istanze elaborate a livello regionale”⁴², ma c’è anche chi si è dichiarato dell’idea che essa costituisca il “braccio armato’ del modello di regionalismo italiano”⁴³.

Sebbene la Corte abbia sostenuto essere il Parlamento il “luogo privilegiato della rappresentanza politica”⁴⁴, la legge essendo il “prodotto della rappresentanza politica” stessa⁴⁵ e la funzione legislativa essendo funzione di rappresentanza politica⁴⁶, non v’è dubbio che quest’ultima trovi espressione anche in sede regionale sulla base di quanto sopra detto.

La Conferenza Stato-Regioni, come tutti sanno, costituisce una delle principali sedi di concertazione tra i due enti⁴⁷, nonché “luogo” di concreta attuazione del principio di leale collaborazione tra di essi⁴⁸; essa consente quindi alle Regioni (o meglio ai loro esecutivi) di rapportarsi con il Governo, quali “naturali interlocutori” per i problemi inerenti ai territori⁴⁹, mentre resta escluso ad oggi un raccordo diretto Regioni-Parlamento e la stessa formazione delle leggi risente solo politicamente e non pure giuridicamente delle attività poste in essere dalla Conferenza⁵⁰. Il

⁴² F.S. MARINI, *La partecipazione regionale alle decisioni statali dirette alla formazione del diritto dell’Unione europea*, in AA.VV., *L’Europa delle Autonomie. Le Regioni e l’Unione europea*, a cura di A. D’Atena, Milano 2003, 162. Cfr. anche R. BIN-I. RUGGIU, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni*, in *Ist. fed.*, 6/2006, 918. Non è mancato chi ha rilevato che una delle maggiori “criticità” del sistema delle conferenze sia proprio l’“assenza di autonomia rispetto al Governo” (v. indagine conoscitiva, cit., 17, con riferimento ad un pensiero di S. Mangiameli, nonché, A. Morelli e L. Vandelli, richiami a 50 s.).

⁴³ G. D’AMICO, *La sentenza sulla legge Madia: una sentenza innovatrice ... anche troppo*, in corso di pubblicazione in *Quest. giust.*, § 6.

⁴⁴ [Corte cost. n. 26 del 1997](#), p. 3 del *cons. in dir.*. Invero, qualche anno più tardi, il giudice delle leggi è apparso più drastico, avendo affermato che “solo il Parlamento è sede della rappresentanza politica nazionale” ([Corte cost. n. 106 del 2002](#), p. 4 del *cons. in dir.*, c.vo ovviamente aggiunto), per poi rilevare che il Parlamento è la “massima espressione della rappresentanza politica” ([Corte cost. n. 230 del 2012](#), p. 7 del *cons. in dir.*). Più di recente, v. anche [Corte cost. n. 1 del 2014](#), con la quale la Consulta non solo ha ribadito che il Parlamento è “organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare”, ma pure che “le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.)” (p. 3.1. del *cons. in dir.*). In argomento, v. [Corte cost. n. 46 del 2014](#), p. 3 del *cons. in dir.*

⁴⁵ [Corte cost. n. 49 del 1998](#), p. 4 del *cons. in dir.*; v. anche [Corte cost. n. 174 del 2009](#), p. 5 del *cons. in dir.*. Opera un’indagine sulla rappresentanza politica alla luce della “qualità della legislazione” E. ALBANESI, *Circuito della rappresentanza politica e qualità della legislazione, tra ruolo della tecnica e torsioni della forma di governo*, in AA.VV., *La democrazia rappresentativa*, cit., 127 ss.

⁴⁶ Cfr. [Corte cost. n. 200 del 2008](#), p. 3 del *cons. in dir.*

⁴⁷ ... in particolare, attuando il federalismo amministrativo, come osserva G. CAPRIO, *Una vera Conferenza delle Regioni per l’attuazione del federalismo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 giugno 2008, § 1; sulla partecipazione della Conferenza alla funzione amministrativa, v. anche I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 540 ss.; M. MANCINI, *La resistibile ascesa, l’inesorabile declino e l’auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5-6/2013, 971, ma *passim*.

⁴⁸ Sul principio in parola, per tutti, v. S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano 2008. Nella giurisprudenza costituzionale, è nota la [sent. n. 116 del 1994](#), dove si legge che “la Conferenza è un’istituzione operante nell’ambito della comunità nazionale come strumento per l’attuazione della cooperazione fra lo Stato e le regioni (e le province autonome)” (p. 4 del *cons. in dir.*); v. anche [sentt. nn. 31 del 2006](#) (p. 4.2 del *cons. in dir.*), [232](#) (p. 24.1 del *cons. in dir.*) e [292 del 2009](#) (p. 14 del *cons. in dir.*). Invero, non è mancato chi ha notato che “non è facile apprezzare quanto questo sistema [delle conferenze] abbia contribuito davvero a realizzare il principio di leale collaborazione. Probabilmente ciò è avvenuto in certi settori, meno in altri, ancor meno in altri ancora” (P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, 2016, 426).

⁴⁹ I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 298.

⁵⁰ In argomento, S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, cit., 65; A. CARMINATI, *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l’attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2/2009, 258 ss. (v. anche 295); S. MANGIAMELI, *Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze*, in *Ist. fed.*, 2/2010, 265; I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze*, cit., 531 ss.; M. MANCINI, *La resistibile ascesa*, cit., 968 ss.; P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, 429. Sul ridotto ruolo della Conferenza Stato-Regioni nell’ambito della funzione legislativa, alla luce della giurisprudenza costituzionale, v. anche quanto osservano R. CARIDÀ, *Il sistema delle conferenze*, e F. POLACCHINI, *La funzione di raccordo della Conferenza Stato-Regioni: normativa e prassi al cospetto del disegno di riforma costituzionale*, entrambi in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit., rispettivamente 414 e 447.

problema fondamentale, infatti, rimane quello della “effettiva ricaduta” dei poteri della Conferenza Stato-Regioni “sugli atti statali in base a tali deliberazioni adottati”, specialmente nel caso in cui si tratti di atti aventi natura legislativa⁵¹.

Non sembra necessario qui ripercorrere l'*excursus* storico che ha riguardato la Conferenza Stato-Regioni, né indugiare su una pedissequa elencazione di ogni suo compito⁵²; una cosa è certa (almeno ad avviso di buona parte della dottrina): tale organismo, ideato per svolgere un ruolo che “sulla carta” appare di primo piano, in realtà ha mostrato non pochi punti deboli, tanto da far affermare a taluno che esso abbia “finito per sollevare più problemi di quanti in origine non si prefiggesse di risolvere”⁵³. Discorrendo in termini generali, la sua funzione prevalentemente consultiva⁵⁴ non pare idonea a far valere in modo adeguato le istanze regionali, se si pensa che i pareri che essa offre, sebbene debbano essere richiesti obbligatoriamente, non sono però vincolanti, con la conseguenza di poter essere elusi quando negativi⁵⁵; questo, a mio modesto avviso, è il vero e insuperato (ma non insuperabile) *vulnus* che attiene alla disciplina ed alla competenza della Conferenza Stato-Regioni. A ciò si aggiunga che pure le intese, altro strumento attraverso il quale si realizza la collaborazione tra esecutivi (statale e regionale), possono essere superabili (specialmente) quando “deboli”⁵⁶; non sono mancati i casi in cui il giudice delle leggi ha escluso che lo Stato possa prendere una determinata decisione in assenza di intesa, dovendo piuttosto attivare “procedure volte a superare le situazioni di stallo che si dovessero creare”⁵⁷. A questo proposito, infatti, non si può fare a meno di rilevare come la stessa Corte costituzionale abbia, nel tempo, sempre più valorizzato la leale collaborazione⁵⁸ ed in particolare l’intesa, quest’ultima essendo “la soluzione che meglio incarna la collaborazione”⁵⁹; ed infatti, nella recentissima [sent. n. 251 del 2016](#)⁶⁰, il giudice delle leggi considera l’intesa come “il cardine della

⁵¹ S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, cit., 64. Di recente, P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, 429, richiamando [Corte cost. n. 437 del 2001](#), hanno fatto notare che “gli accordi conclusi in Conferenza Stato-Regioni non vincolano il Parlamento”.

⁵² A tale proposito, si rinvia a I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 277 ss.; S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, cit., 57 ss.; S. MANGIAMELLI, *op. cit.*, 262 ss.; F. POLACCHINI, *op. cit.*, 441 ss.

⁵³ S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, cit., 57 s.

⁵⁴ Sul punto, per tutti, v. G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenza e modalità di funzionamento dall’istituzione ad oggi*, Bologna 2006, 35 ss.

⁵⁵ A dire il vero, è pure accaduto che il Governo non abbia tenuto in debito conto neanche quelli positivi, con i quali la Conferenza proponeva eventuali modifiche da apportare a deliberazioni raggiunte (sul punto, v. S. MANGIAMELLI, *op. cit.*, 265). Queste considerazioni, in realtà, non appaiono facilmente conciliabili con quanto dichiarato dalla Corte (viene da pensare, a mo’ di auspicio): “la premessa per l’intervento della conferenza è sempre la presenza di una qualche implicazione degli ‘indirizzi di politica generale’ di pertinenza degli organi statali, e la conferenza è sede di raccordo per consentire alle Regioni di partecipare a processi decisionali che resterebbero altrimenti nella esclusiva disponibilità dello Stato” ([Corte cost. n. 408 del 1998](#), p. 21 del *cons. in dir.*). Sul tema, v. I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze*, cit., 536, ma v. anche 542 ss.

⁵⁶ È nota la distinzione operata dalla stessa Consulta tra intese “forti” e intese “deboli”, essendo solo le prime necessarie per il raggiungimento delle decisioni finali; nel secondo caso, le intese, pur quando previste come passaggio obbligato nel procedimento, sono appunto superabili dallo Stato (sul punto, tra i tanti, v. P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, 422). Sullo strumento delle intese, tra gli altri, v. S. AGOSTA, *Dall’intesa in senso debole alla leale collaborazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in [Federalismi.it](#), 6/2004; v. anche R. CARIDÀ, *Il sistema delle conferenze*, cit., 415 s.

⁵⁷ P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, 422, che richiamano [Corte cost. nn. 121 del 2010](#) e [33 del 2011](#). V., inoltre, [Corte cost. n. 239 del 2013](#), p. 3 del *cons. in dir.* Cfr. l’indagine conoscitiva cit., 13, e giur. *ivi*.

⁵⁸ Tra le altre, v. [Corte cost. nn. 298 del 2012](#), p. 5 del *cons. in dir.*, e [261 del 2015](#), p. 4 del *cons. in dir.*, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una norma (e spec. l’art. 29, I comma, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133) per il fatto di non prevedere “che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica, da essa disciplinato, sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni”; v. I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze*, cit., 548. Un’opinione in senso inverso, nell’annotare la [sent. n. 35 del 2012](#), è di F. BENELLI, *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 3/2012; F. POLACCHINI, *op. cit.*, 447.

⁵⁹ ... come si legge in [Corte cost. n. 251 del 2016](#) (p. 3 del *cons. in dir.*, ma v. anche p. 6.1), con richiamo delle sentt. [nn. 1](#) e [21 del 2016](#).

⁶⁰ ... sulla quale, tra gli altri, v. A. POGGI-G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in [Federalismi.it](#), 25/2016; E.

leale collaborazione anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati⁶¹. Ciò che davvero balza agli occhi è che il giudice delle leggi si spinge a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che “prescrive, per l'adozione dei decreti legislativi delegati attuativi, una forma di raccordo con le Regioni – il parere in Conferenza unificata – da ritenersi lesiva del principio di leale collaborazione perché non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie regionali, necessario a contemperare la compressione delle loro competenze”; a ciò si aggiunge che “solo l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale coinvolgimento”⁶². Si badi, peraltro, come la leale collaborazione trovi finalmente ingresso nell'ambito dell'esercizio della funzione legislativa, seppure a determinate condizioni⁶³.

Non potendoci dilungare sul punto, quanto appena detto sembra essere sufficiente a chiarire che, ad avviso della Consulta, alla debolezza dello strumento del parere fa da *pendant* il rilievo delle intese “forti”, la cui violazione o elusione attiva “conseguenze sanzionatorie”⁶⁴; non si può negare, quindi, che attraverso queste ultime le istanze regionali, per il tramite della Conferenza, possano essere con maggiore efficacia rappresentate nei confronti del Governo. Il problema, però, è capire se questa “via della rappresentanza” possa essere sufficiente agli enti in discorso o se, invece, la pluralità degli interessi e delle esigenze territoriali richieda ulteriori strumenti che possano favorire una migliore interazione tra apparato centrale e periferico e quindi una maggiore incisività dell'attività posta in essere dal secondo presso il primo. Il punto è, peraltro, rimarcato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a cui avviso le intese “forti” non sono “superabili con una determinazione unilaterale dello Stato se non nella ‘ipotesi estrema, che si verifica allorché l'esperimento di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace’”⁶⁵. La qual cosa, dunque, dimostra che lo strumento delle intese (quand'anche forti) non è in grado di garantire, sempre e comunque, che le istanze delle Regioni ricevano ascolto.

Un ruolo consultivo è svolto dalla Conferenza anche nei rapporti con l'Unione europea nell'ambito della c.d. “sessione europea”⁶⁶, che viene convocata dal Presidente del Consiglio dei ministri (anche su richiesta di Regioni e Province autonome), almeno ogni quattro mesi. Quanto fin qui accennato, e volutamente si è scelto di sorvolare su altri profili (come ad esempio sul “raccordo informativo” o sul potere sostitutivo⁶⁷), sembra sufficiente a mostrare come pure nei rapporti con l'Unione lo spazio lasciato alla Conferenza non sia di particolare rilievo⁶⁸. In aggiunta a quanto detto, quindi, pare che il sistema delle Conferenze, complessivamente considerato, non sia in grado di conciliare

BALBONI, *La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni... e l'intendenza seguirà*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 10 gennaio 2017; pure *ivi*, S. AGOSTA, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, nonché G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia*, cit.

⁶¹ [Corte cost. n. 251 del 2016](#) (p. 3 del *cons. in dir.*).

⁶² [Corte cost. n. 251 del 2016](#), p. 4.2.2 del *cons. in dir.*; v., inoltre, pp. 6.1 e 7.1 del *cons. in dir.*. Si veda anche [Corte cost. nn. 58 del 2007](#) e [178 del 2007](#), nella quale un'intesa è stata considerata parametro interposto di legittimità costituzionale (in argomento, A. CARMINATI, *op. cit.*, 282 s. e 289 ss.).

⁶³ Cfr. G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia*, cit., § 5.

⁶⁴ A. CARMINATI, *op. cit.*, 294 s.

⁶⁵ Così, [Corte cost. n. 7 del 2016](#), p. 2 del *cons. in dir.*, con richiamo delle [sentt. nn. 165 del 2011](#) e [179 del 2012](#).

⁶⁶ In argomento, tra i molti altri, v. G. CARPANI, *op. cit.*, 120 ss., e F. PATERNITI, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana*, in [Federalismi.it](#), 8/2015, 30 ss.

⁶⁷ Su questi due profili, v. M. FALCONE, *Il sistema delle Conferenze regionali in funzione europea: un necessario equilibrio tra principi unitari europei e principi autonomistici interni*, in *Ist. fed.*, 3/2015, 692 s.

⁶⁸ Solo un cenno, infine, sembra opportuno fare all'art. 5, Il comma, della l. n. 131 del 2003, a norma del quale il Governo è tenuto a ricorrere alla Corte di giustizia, nelle materie di competenza regionale o provinciale, nel caso in cui ciò sia richiesto dalla Conferenza, a maggioranza assoluta dalle Regioni e Province autonome; al riguardo, risalta agli occhi il fatto che nella circostanza in esame il Governo appaia vincolato da una deliberazione della Conferenza, circostanza alquanto rara.

adeguatamente i “principi unitari europei” con i “principi autonomistici”, anche a causa dell’“approccio tutto sommato Stato-centrico della disciplina delle Conferenze regionali”⁶⁹.

Concludendo, se ai limiti qui espressi si aggiungono gli altri, quali la mancata costituzionalizzazione della Conferenza⁷⁰ oppure l’aurea di informalità⁷¹ che ne avvolge l’attività, ben si comprende quanti e quali elementi critici si accompagnino a tale organismo⁷², il cui rilievo negli anni appare comunque aumentato, con inevitabili ricadute sotto il profilo che a noi interessa (quello, appunto, della rappresentanza regionale, a prescindere che la si voglia intendere come politica o territoriale). Al di là del fatto che questo corrisponda ad una corretta lettura della realtà, a me sembra che il futuro della Conferenza in parola debba però “passare” da altre vie, maggiormente sicure e piane, cui si accennerà in sede di considerazioni conclusive. Infatti, pur non mettendo in dubbio “la validità delle conferenze quale modello rappresentativo di natura parafederale”⁷³, ciò che si è tentato di sottolineare è che, *rebus sic stantibus*, l’organismo in parola non sembra in grado di garantire quel “grado” di rappresentanza che pure gli enti regionali (e i loro cittadini) meriterebbero⁷⁴.

4. Il “versante” esterno: qualche riflessione sul ruolo del Comitato delle Regioni

Spostando l’attenzione sul “versante” esterno, oltre a quanto detto in merito al ruolo che spetta alla Conferenza Stato-Regioni (e alle molte altre cose che potrebbero dirsi sulla partecipazione regionale alla fase “ascendente” e a quella “discendente”)⁷⁵, sembra adesso opportuno svolgere solo qualche osservazione in merito al Comitato delle Regioni ed alla sua idoneità (nonché capacità) a rappresentare le istanze regionali a livello sovranazionale⁷⁶. Nell’ambito dell’Unione europea, com’è noto, esso non è annoverato tra le istituzioni, ma è solo un organo (o, se si preferisce, un organismo)⁷⁷; da subito, si può ricordare come questo sia apparso a molti un limite, che è andato a discapito del suo rilievo e della sua “incisività” sul piano “eurounitario”, tanto da auspicare il suo riconoscimento tra

⁶⁹ M. FALCONE, *op. cit.*, 693.

⁷⁰ Cfr. S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, cit., 65.

⁷¹ Si veda, ad es., quanto rilevano R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, in *Ist. fed.*, 2/2010, 378, e I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 304 ss. Quest’A. non manca di discorrere della grande utilità che avrebbe poi una adeguata pubblicità delle attività di tale organo, nonostante i rischi di subire condizionamenti da logiche partitiche che ad essa si accompagnerebbero (393 s.). In argomento, v. anche L. DELL’ATTI, *La Conferenza Stato-Regioni: vizi e virtù di un organo a “geometria variabile”*, in *Rivista AIC*, 2/2016, § 4; F. POLACCHINI, *op. cit.*, 444 ss.

⁷² ... ma, in generale, all’intero sistema delle Conferenze, reputato dalle “basi sistemiche fragili” (M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 4/2012, 697).

⁷³ I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 329, per la quale, invece, già oggi le Conferenze svolgono questo ruolo.

⁷⁴ Addirittura c’è stato chi ha definito le Conferenze “non luoghi” per i cittadini”, ma “postazioni ‘chiave’, avocate nella sfera di competenza di pochi politici e burocrati che le usano da tempo, a seconda dell’esigenza, come sedi negoziali oppure come sedi antagoniste”; e ancora: “‘buco nero’ della democrazia” (G. CAPRIO, *op. cit.*, § 1, a quest’ultimo proposito cfr. anche § 2).

⁷⁵ Tra gli altri, v. G. PORRO, (voce) *Regioni e Unione europea*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. 2005; A. RUGGERI, *Unione Europea e Regioni, nella prospettiva del riordino istituzionale e della integrazione delle competenze*, ora in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, VIII, *Studi dell’anno 2004*, Torino 2005, 181 ss. Da ultimo, a proposito della fase ascendente, v. S. BANDERA-C.B. CEFFA, *La (reale) partecipazione delle Regioni italiane alla fase ascendente del processo normativo europeo. Uno studio “sul campo”: dalle norme alla pratica nell’esperienza della Regione Lombardia*, in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit., 377.

⁷⁶ Un richiamo ai precedenti storici relativi alla rappresentanza regionale in Europa è di G. ALLEGRI, *Il Comitato delle Regioni d’Europa nelle Istituzioni comunitarie in trasformazione*, in *Federalismi.it*, Osservatorio sul federalismo, 4 dicembre 2002, in *Premessa*. In argomento, v. anche A.W. PANKIEWICZ, *Realtà regionali ed Unione Europea: il Comitato delle Regioni*, Milano 2001, 71 ss.

⁷⁷ Cfr. A.W. PANKIEWICZ, *op. cit.*, 76 ss.

le istituzioni stesse⁷⁸. Inoltre, il suo ruolo essenzialmente consultivo⁷⁹ lo espone a talune critiche (o, se si preferisce, fa sorgere perplessità) molto simili rispetto a quelle riguardanti la Conferenza Stato-Regioni. Da questo punto di vista, infatti, essi appaiono accomunati da una serie di elementi che li rendono deboli rispetto al fondamentale compito che potrebbero assolvere quali portatori delle istanze regionali⁸⁰. Non a caso, già nel 1993, c'era chi rilevava che “il Comitato non soddisfa certamente le aspettative di coloro che auspicavano una presenza più rilevante delle regioni, quale strumento idoneo, tra l'altro, ad aumentare il tasso di democraticità comunitario”⁸¹ e nel tempo non è mancato chi ha discusso delle sue “gravi carenze ed insuperate insufficienze”⁸². Come si sa, il Comitato è composto da soggetti non vincolati da mandato imperativo (essi, infatti, sono chiamati ad agire nell'interesse della Comunità: v. art. 300, IV comma, TFUE)⁸³, che abbiano “la titolarità di un mandato elettivo nell'ambito di una collettività regionale o locale” o “la qualità di soggetto politicamente responsabile dinanzi a un'assemblea elettiva”⁸⁴ (in questo caso, quindi, membri possono essere oltre i Presidenti anche i consiglieri regionali, i membri della Giunta e i sindaci). Da questo punto di vista, a fronte delle debolezze già messe in luce, pare ulteriormente rafforzata (rispetto alla Conferenza Stato-Regioni) la capacità di rappresentanza territoriale dell'organo in parola⁸⁵. Il punto, però, è che il Comitato non è elettivo e quindi per questo verso, al contrario, non sarebbe configurabile un vero e proprio rapporto di rappresentanza politica tra i suoi componenti e i cittadini. Questo sembra essere il vero *vulnus* che caratterizza questo organo, per quanto i suoi pareri abbiano una portata politica⁸⁶. Non si dimentichi, poi, come già accennato, che i suoi componenti “non rappresentano in quanto tali le singole istituzioni subnazionali di appartenenza e sono tenuti ad agire in piena indipendenza nel perseguimento dell'interesse generale dell'Unione”⁸⁷. Non c'è la possibilità di soffermarsi oltre sul punto, ma appare chiaro che pure il Comitato manchi di presupposti necessari ed indefettibili per assicurare alle Regioni adeguata rappresentanza; ciò non toglie che, di fatto, esso abbia avuto (attraverso i suoi pareri) un qualche “impatto” nell'ambito del “processo decisionale” europeo⁸⁸, rispetto al quale però, almeno ad avviso di alcuni, appare “tenue [...] la [sua] effettiva capacità di influenza”⁸⁹.

⁷⁸ G. PORRO, *op. cit.*, § 7.

⁷⁹ Il Comitato può formulare pareri di sua iniziativa (cfr. A.W. PANKIEWICZ, *op. cit.*, spec. 96 s. e 100 s.) e, in alcuni casi, può anche proporre ricorso alla Corte di giustizia, come ricorda anche P. COSTANZO, *Unione europea ed autonomie territoriali*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 467; da ultimo, un cenno è anche in S. BANDERA-C.B. CEFFA, *op. cit.*, 378.

⁸⁰ Non ci si può qui soffermare sul rilievo delle Regioni e degli enti minori, nell'ambito dell'Unione, per la tutela dei diritti fondamentali, per una più compiuta integrazione europea e quale risposta al *deficit* democratico. Discorre della stretta correlazione tra autonomia e integrazione A. RUGGERI, *Unione Europea e Regioni*, cit., 199; sul punto, cfr. quanto rileva G. PORRO, *op. cit.*, § 6.

⁸¹ M.P. CHITI, *Per una dimensione europea del “nuovo regionalismo”*, ora in *Ist. fed.*, 2/2010 (già in *Regione e governo locale*, 3/1993), 90.

⁸² A. RUGGERI, *Unione Europea e Regioni*, cit., 187.

⁸³ P. COSTANZO, *op. cit.*, 465. Sulle criticità che presenta le modalità di nomina dei componenti del Comitato, e spec. della “delegazione nazionale” in esso presente, v. F. PATERNITI, *op. cit.*, 10; peraltro, proprio l'assenza di un vincolo di mandato pone tali soggetti in una posizione tale da non poter essere “considerati veri e propri rappresentanti degli enti di provenienza e, quindi, degli interessi territoriali di cui gli stessi sono portatori” (11).

⁸⁴ P. COSTANZO, *op. cit.*, 466.

⁸⁵ È stato fatto notare che coloro che fanno parte del Comitato sono dotati di una maggiore legittimazione democratica rispetto a quella dei membri delle altre Istituzioni dell'Unione europea (così, quasi testualmente, M. MASCIA, *Il Comitato delle Regioni nel sistema dell'Unione europea*, Padova 1996, 134); quella del Comitato è stata infatti considerata una rappresentanza “forte” (*ibidem*, 159 e 161 s.).

⁸⁶ M. MASCIA, *op. cit.*, 109 ss.

⁸⁷ M. MASCIA, *op. cit.*, 35. L'A., però, non manca di rilevare che “la rappresentanza esercitata dal CdR, per la dimensione territoriale che le inerisce, è una rappresentanza «forte»” (159 e 161 s.). Cfr., sul punto, anche F. PATERNITI, *op. cit.*, 11 (nota 31), ma anche 51.

⁸⁸ M. MASCIA, *op. cit.*, 165.

⁸⁹ A. ANZON, *Le Regioni e l'Unione europea: l'esperienza italiana*, in AA.VV., *L'Europa delle Autonomie*, cit., 149. Ecco perché, ad esempio, il “Libro bianco sulla governance adottato dalla Commissione il 25-7-2001” ha auspicato il

5. Conclusioni

Le perplessità fin qui manifestate inducono quindi a ritenere che la rappresentanza territoriale delle Regioni potrebbe essere meglio garantita seguendo altre strade.

Sul piano interno, due appaiono le opzioni da suggerire.

La prima è data dalla auspicabile costituzionalizzazione della Conferenza Stato-Regioni di cui si è detto (e su cui da tempo molti discutono)⁹⁰, con tutto ciò che da essa ne discenderebbe a beneficio della “giustiziabilità” (ed anche possibile vincolatività) dei suoi atti⁹¹. La seconda è data dal raddoppio dei canali della rappresentanza regionale presso le sedi dell’apparato centrale dello Stato (e, segnatamente, Parlamento e Governo)⁹². A tal proposito, a me pare che quand’anche, infatti, dovesse essere assicurata la rappresentanza delle Regioni attraverso la seconda Camera⁹³, sarebbe comunque opportuno mantenere la rappresentanza stessa anche sul versante dei raccordi tra gli esecutivi, in considerazione del fatto che è proprio presso questi ultimi che prende forma la progettazione politica nella sua più significativa espressione⁹⁴. Pertanto, l’inserimento della Conferenza nella Carta avrebbe certamente meglio consentito alle istanze regionali (e delle autonomie in genere) di trovare ascolto da parte degli organi della direzione politica dello Stato (sebbene, secondo un’opinione, il sistema delle conferenze non si presti “a risolvere problemi e contrasti che richiedono il massimo di assunzione di responsabilità politica”⁹⁵); a tal proposito, pertanto, e a prescindere dalle considerazioni che possono farsi in merito alla riforma recentemente fallita, la scelta di non provvedere in tal senso sembra difficilmente comprensibile⁹⁶, sebbene proprio la mancata riuscita della revisione abbia, per taluno, prodotto un indiretto “potenziamento” del sistema delle conferenze⁹⁷.

La buona riuscita di una tale operazione dipende – com’è ovvio – dalle modalità attraverso le quali può essere concretizzata l’idea di dar voce alle Regioni nella seconda Camera⁹⁸. In ogni caso, diverse sono le ragioni che fanno ritenere questa una scelta da non scartare. Per prima cosa, in questo modo le Regioni potrebbero partecipare, sebbene in alcuni casi, alla funzione legislativa dello Stato realizzandosi in tal modo una reale commistione tra interesse generale e interessi territoriali, l’uno e

riconoscimento in capo ad esso di una funzione propositiva in merito a “temi che il Comitato ritenga utile per l’attuazione di una coerente politica regionale europea” [G. PORRO, (voce) *Regioni e Unione europea*, cit., § 1].

⁹⁰ Tra gli altri, v., I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 377 ss., e, ora, ID., *Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo*, in [Costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2015, 116; M. MANCINI, *La resistibile ascesa*, cit., 981; A.M. CITRIGNO, *La riforma del bicameralismo paritario e del Titolo V Cost. Quale prospettiva per il sistema delle Conferenze?*, in AA.VV., *Forma di Governo*, cit., 116 s. e 122 ss., e L. DELL’ATTI, *op. cit.*, § 4.

⁹¹ Cfr. I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 323. Interessante, al riguardo, pare [Corte cost. n. 261 del 2015](#) (p. 4 del *cons. in dir.*), sopra richiamata.

⁹² Manca, ad oggi, una adeguata sede di rappresentanza delle autonomie al livello legislativo (M. MANCINI, *La resistibile ascesa*, cit., 976).

⁹³ Contraria I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 345 ss., ad avviso della quale questa strada non favorirebbe quel dialogo con il Parlamento tanto auspicato (377) e ID., *Il futuro Senato della Repubblica*, cit., 121 ss.; v. anche R. BIN-I. RUGGIU, *op. cit.*, 904 ss., ma *passim*. Tuttavia, I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze*, cit., 553, osserva che “la Corte ha più volte puntualizzato che le conferenze sono il fulcro di riferimento del sistema, ma sempre in attesa che si realizzi la seconda camera delle Regioni o quanto meno la Commissione bicamerale integrata da rappresentanti regionali prevista nell’art. 11 della legge cost. 3/2001. Sembra, dunque, che anche la Corte guardi ad un modello camerale come vera espressione della rappresentanza territoriale”.

⁹⁴ Cfr. quanto osserva al riguardo G. DUSO, *op. cit.*, 20.

⁹⁵ U. ALLEGRETTI, *Presente e futuro delle autonomie regionali in Italia e in Europa*, in *Le Regioni*, 1/2016, 32.

⁹⁶ Cfr. F. POLACCHINI, *op. cit.*, 452; R. DI MARIA, *Regioni ed Enti locali al cospetto di Stato e Unione europea. La “crisi nazionale ed euro-unitaria” della rappresentanza delle autonomie territoriali*, in AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit., 470.

⁹⁷ G. D’AMICO, *La sentenza sulla legge Madia*, cit., § 6.

⁹⁸ Non pochi dubbi infatti solleva la riforma in atto, sui quali non ci si può qui soffermare (sia solo consentito rinviare ad A. RANDAZZO, *op. cit.*).

gli altri essendo strettamente collegati. Peraltro, non sembra da trascurare quanto affermato da una parte della dottrina e cioè che il modo migliore di valorizzazione delle autonomie territoriali sarebbe quello di portare l'autonomia al centro⁹⁹. In ogni caso, rappresentanza politica e rappresentanza territoriale si integrerebbero e sorreggerebbero a vicenda.

Sul versante esterno, non pare che il Comitato possa “appagare compiutamente il bisogno pressante di realizzazione dell'autonomia”¹⁰⁰ e quindi, anche su questo fronte, parrebbe necessario percorrere altre strade; una di queste potrebbe essere senz'altro una “federalizzazione” del Parlamento europeo¹⁰¹ ed una trasformazione, nella forma o nella sostanza, del Comitato in Camera delle Regioni¹⁰². Inoltre, non sarebbe da scartare l'idea di rendere tale organo elettivo e di legare i suoi componenti a mezzo di un vero e proprio mandato¹⁰³; lungi dall'andare nel verso opposto all'integrazione, queste due novità rafforzerebbero le autonomie territoriali e, come si diceva, in definitiva muoverebbero nel senso dell'integrazione stessa. Quanto ora detto presupporrebbe, però, un cambiamento di prospettiva, se si pensa alle origini del Comitato; ed infatti la non idoneità a rappresentare le istanze territoriali è, potrebbe dirsi, in “*re ipsa*”, in un certo senso “voluta”, in quanto i timori da alcune parti avanzati erano proprio quelli che con tale organo si potesse rischiare di indebolire la sovranità statale nel caso di esigenze locali, sorrette da soggetti politici forti, contrastanti con l'interesse nazionale¹⁰⁴. Non sarebbe “inopportuno”, allora, un intervento legislativo volto a ridefinire la rappresentanza nazionale in seno al Comitato, in modo da rendere quest'ultimo all'altezza del rilievo che è ad esso riconosciuto dall'Unione¹⁰⁵.

A ciò potrebbe aggiungersi un maggiore ruolo della Conferenza Stato-Regioni in occasione della “sessione europea” (oltre al fatto che si potrebbe rafforzare la partecipazione delle Regioni in fase ascendente e discendente, come pare si volesse fare con il nuovo Senato previsto dalla riforma Renzi-Boschi). Infine, non è mancato chi ha rilevato che la stessa creazione, all'interno del Parlamento, di una Camera delle Regioni giocherebbe un ruolo non indifferente nel “garantire l'accesso costante, strutturato ed effettivo delle istanze regionali nel dialogo politico europeo”¹⁰⁶.

Non si ha la pretesa di considerare quanto in questa sede prospettato quale soluzione idonea a colmare il *deficit* di rappresentanza delle Regioni (e delle autonomie in genere); quelle appena avanzate sono solo proposte da sottoporre alla prova dell'esperienza¹⁰⁷, anche condizionate al modello di rappresentanza (spec. territoriale) prescelto¹⁰⁸, nel convincimento che come la Costituzione *vivente* può discostarsi da quella *vigente* così ogni previsione che oggi si tenta di formulare può essere smentita dai fatti. D'altra parte, la realtà supera spesso l'immaginazione (ecco perché certe previsioni che oggi si cerca di avanzare sotto forma di proposte e di strade da percorrere

⁹⁹ ... secondo quanto rileva A. RUGGERI in più scritti, tra cui *Integrazione europea e ruolo delle autonomie territoriali (lineamenti di un “modello” e delle sue possibili realizzazioni)*, in Federalismi.it, 24/2005, 16 del *paper*. Sull'opportunità di “immettere le Regioni nella sede parlamentare”, P. CARETTI, *La strana voglia di ricominciare sempre tutto daccapo*, in *Le Regioni*, 4/2012, 753.

¹⁰⁰ A. RUGGERI, *Unione Europea e Regioni*, cit., 191. Non è mancato chi ha osservato che “il ruolo svolto dal Comitato non garantisce certamente il pieno riconoscimento istituzionale a livello europeo delle Regioni e degli Enti locali” (A.W. PANKIEWICZ, *op. cit.*, 104).

¹⁰¹ A. RUGGERI, *Unione Europea e Regioni*, cit. 191 s. e ID., *Integrazione europea e ruolo delle autonomie territoriali*, cit., 16 s. del *paper*.

¹⁰² Cfr. A.W. PANKIEWICZ, *op. cit.*, 105 e 117 ss. (l'A. non manca di mettere in luce i non pochi problemi che una tale operazione comporterebbe).

¹⁰³ Non di questa idea è A.W. PANKIEWICZ, *op. cit.*, 125 s.

¹⁰⁴ V. FALCONE, *op. cit.*, 248, il quale osserva pure che anzi “prevalleva [...] la volontà di indebolire la legittimazione” del Comitato.

¹⁰⁵ F. PATERNITI, *op. cit.*, 51.

¹⁰⁶ F. PATERNITI, *op. cit.*, 53.

¹⁰⁷ ... alle quali potrebbe aggiungersi quella di creare un organo *ad hoc*, che non sia incardinato né presso il Parlamento né presso il Governo (al riguardo, v. quanto rileva I. RUGGIU, *Il futuro Senato della Repubblica*, cit., 130).

¹⁰⁸ Si tratta cioè di aderire al modello che si delinea rispondendo a talune domande: la rappresentanza degli enti in parola sarebbe meglio garantita in sede parlamentare o extra-parlamentare? Sarebbe da affidare ai Presidenti regionali o ai consiglieri regionali? Molte altre domande potremmo porci che ci indurrebbero a risalire alle “radici” della rappresentanza.

non possono che essere “affette” da una inevitabile relatività)¹⁰⁹. Tuttavia talune cose sono certe, in conclusione, e cioè che la “sorte” dell’autonomia è strettamente collegata alla effettività della rappresentanza e che quest’ultima merita di essere considerata alla luce dei tempi che viviamo, caratterizzati da notevoli spinte “dal basso” e da un “risveglio” delle comunità locali e del senso di cittadinanza (attiva), in questa contingenza storica particolarmente avvertito; ecco perché si rafforza l’idea che l’attuale sistema appaia insufficiente, necessiti di essere aggiornato e che ancora molta strada si debba fare perché possano trovare voce le istanze delle Regioni.

¹⁰⁹ Inoltre non si può neanche trascurare il fatto che la componente soggettiva può assumere un qualche rilievo sulle dinamiche della rappresentanza, quest’ultima rimanendo condizionata dalle concrete modalità attraverso le quali i rappresentanti svolgono il loro ruolo (la responsabilità che dovrebbe avvertire chi svolge una funzione pubblica è cosa altra rispetto a quanto regole scritte potrebbero prevedere).

Stefania Cantisani

Luci e ombre nella [sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016](#) (e nella connessa [sentenza n. 52](#)) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza

SOMMARIO: 1. *La vicenda.* – 2. *Le premesse della decisione della Corte: il principio di laicità e la natura delle intese ex art. 8, comma 3, Cost. alla luce della [sentenza n. 52 del 2016](#).* – 3. *L’edilizia di culto e la libertà di professione religiosa: il riparto delle competenze tra Stato e Regioni nella [sentenza n. 63 del 2016](#).* – 4. *Le questioni dichiarate non fondate o inammissibili.* – 5. *Brevi considerazioni conclusive.* – 6. *Le leggi “fotocopia” della legge regionale lombarda: la legge della Regione Veneto e quella della Regione Liguria sulle attrezzature religiose.*

1. *La vicenda.*

La vicenda dalla quale è scaturita la [pronuncia n. 63 del 2016](#) ha avuto origine dal ricorso promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha impugnato gli artt. 70, commi 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater, e 72, commi 4, 5 e 7, lettere e) e g) della legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (1. per il governo del territorio) come modificati dall’art. 1, comma 1, lettere b) e c) della legge della Regione Lombardia 3 febbraio 2015, n. 2 recante “Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (1. per il governo del territorio)-Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi”.

Dopo le modifiche introdotte con la legge n. 2/2015 non a caso ribattezzata come legge “antimoschee”¹, il Capo III della legge urbanistica regionale n. 12/2005, dedicato alle norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi, ha subito pesanti interventi normativi che stravolgevano l’originario testo ridefinendone l’ambito di applicazione sotto il profilo soggettivo ed aggravando al contempo il procedimento per la realizzazione dei nuovi edifici di culto².

In particolare, sotto il profilo soggettivo, la nuova normativa sostituiva l’intero comma 2 dell’art. 70, e introduceva i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater. Il precedente testo del comma 2 riteneva applicabile il citato Capo III della legge alle confessioni religiose “*come tali qualificate in base a criteri desumibili dall’ordinamento ed aventi una presenza diffusa, organizzata e stabile nell’ambito del comune ove siano effettuati gli interventi disciplinati dal presente capo, ed i cui statuti esprimano il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e previa stipulazione di convenzione tra il comune e le confessioni interessate*”. Il risultato finale della novella era invece quello di individuare come soggetti destinatari della normativa, oltre la Chiesa cattolica, le “*altre confessioni con le quali lo Stato ha già approvato con legge la relativa intesa ai sensi dell’articolo 8, comma 3, della Costituzione*” (comma 2), mentre per tutte le altre confessioni religiose che non avessero o non avessero ancora stipulato detta intesa, si richiedevano i requisiti di una “*presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell’ambito del comune*” interessato e la presenza di

¹E’ da ricordare in proposito che a fine 2014 il Comune di Milano aveva emanato un bando per l’assegnazione in uso di tre nuove aree di proprietà comunale da destinare a “finalità religiose e per ulteriori attività sociali e culturali” e che ben due di tali aree erano state assegnate ad associazioni islamiche per la realizzazione di nuove moschee. L’approvazione della legge regionale n. 2 del 2015 su iniziativa della Giunta Regionale guidata dal leghista Maroni muoveva, quindi, da un intento manifestamente ostile all’iniziativa del Comune di Milano con lo scopo di bloccarla, come, di fatto, è avvenuto pur dopo la pronuncia della Corte: v. all’indirizzo telematico <http://www.lastampa.it/2016/07/13/italia/politica/legge-antimoschee-in-lombardia-lo-scontento-delle-associazioni-religiose-tskIfxVdOG3iQxmcLg5npL/pagina.html>. Sulla legge n. 2/2015, v. A. TIRA *La nuova legge regionale lombarda sull’edilizia di culto: profili di illegittimità e ombre di inopportunità* in http://www.olir.it/newsletter/archivio/2015_02_27.html e più diffusamente G. CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull’edilizia di culto: di male in peggio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in StatoeChiese.it n. 14/2015; A. FERRARI, *La nuova legge lombarda sui luoghi di culto: una risposta sbagliata al pluralismo culturale e religioso*, all’indirizzo telematico <http://www.conoscereilmeticcio.it/la-nuova-legge-lombarda-sui-luoghi-di-culto-una-risposta-sbagliata-al-pluralismo-culturale-e-religioso/>

² Per un quadro di raffronto tra il testo precedente e quello modificato, v. l’appendice.

“statuti” che esprimessero *“il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione”* (comma 2-bis). L’applicazione delle disposizioni in oggetto era inoltre condizionata alla stipulazione, da parte degli enti delle confessioni religiose diverse da quella cattolica, di una convenzione urbanistica con espressa possibilità per il comune di procedere alla risoluzione o revoca della convenzione stessa *“in caso di accertamento da parte del comune di attività non previste nella convenzione”* (comma 2-ter). La sussistenza dei richiesti requisiti era demandata a un parere preventivo e obbligatorio di un’istituenda Consulta regionale con composizione e modalità di funzionamento da stabilirsi dalla Giunta Regionale (comma 2-quater).

Quanto all’aspetto procedurale, l’originario art. 72 prevedeva che ciascun comune individuasse nell’apposito Piano dei servizi le aree destinate ad attrezzature religiose da dimensionare e disciplinare sulla base delle esigenze locali, *“valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all’articolo 70”*, istanze che dovevano essere tenute in debita considerazione anche per la dotazione di nuove aree per attrezzature religiose da reperirsi obbligatoriamente nel caso di nuovi insediamenti residenziali. Si precisava, inoltre, che la ripartizione di tali aree doveva avere luogo tra *“gli enti che ne abbiano fatto istanza in base alla consistenza ed incidenza sociale delle rispettive confessioni”*.

Il nuovo testo dell’art. 72 ha introdotto un apposito “Piano per le attrezzature religiose” (PAR) che i comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono obbligati a predisporre entro diciotto mesi dall’entrata in vigore della nuova legge. Nel PAR, che si configura quale *“atto separato facente parte del piano dei servizi”*, sono specificamente individuate le *“aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse”* da dimensionarsi e disciplinarsi *“sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose”* con il risultato di estrapolare, in tal modo, le aree specificamente dedicate ai servizi religiosi dal complesso delle opere di urbanizzazione secondaria. Il PAR deve essere sottoposto a valutazione ambientale ai sensi dell’art. 4, legge n. 12 del 2005 e segue la medesima procedura di approvazione dei piani che compongono il piano di governo del territorio. In assenza del PAR non può essere realizzata nessuna nuova attrezzatura religiosa.

Il PAR deve inoltre prevedere (comma 7), tra l’altro:

a) *la presenza di strade di collegamento adeguatamente dimensionate o, se assenti o inadeguate, ne prevede l’esecuzione o l’adeguamento con onere a carico dei richiedenti;*

b) *la presenza di adeguate opere di urbanizzazione primaria o, se assenti o inadeguate, ne prevede l’esecuzione o l’adeguamento con onere a carico dei richiedenti;*

c) *distanze adeguate tra le aree e gli edifici da destinare alle diverse confessioni religiose. Le distanze minime sono definite con deliberazione della Giunta regionale;*

d) *uno spazio da destinare a parcheggio pubblico in misura non inferiore al 200 per cento della superficie lorda di pavimento dell’edificio da destinare a luogo di culto. Il piano dei servizi può prevedere in aggiunta un minimo di posteggi determinati su coefficienti di superficie convenzionali;*

e) *la realizzazione di un impianto di videosorveglianza esterno all’edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell’ordine;*

f) *la realizzazione di adeguati servizi igienici, nonché l’accessibilità alle strutture anche da parte di disabili;*

g) *la congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR”.*

Nel corso del procedimento per l’approvazione del PAR (comma 4), *“vengono acquisiti i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell’ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva*

l'autonomia degli organi statali" ed è in facoltà dei comuni *"di indire referendum nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale"*.

Da ultimo, si stabilisce (comma 8) che le disposizioni del nuovo articolo 72 *"non si applicano alle attrezzature religiose esistenti alla entrata in vigore della legge recante "Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (l. per il governo del territorio) - Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi"*.

Come emerge con chiarezza dalla lettura delle modifiche apportate alla normativa urbanistica precedente dalla legge della Regione Lombardia n. 2 del 2015, *"la macchinosità delle procedure, l'aggravio degli oneri di ogni natura, l'indeterminatezza dei tempi entro cui realizzare tutti gli strumenti necessari, la vaghezza dei requisiti richiesti"* costituivano un serio ostacolo alla realizzazione di edifici di culto risolvendosi, in ultima istanza, in una palese violazione della normativa costituzionale già ampiamente segnalata in dottrina³.

L'impugnativa proposta dal Governo si articolava in ben otto motivi di ricorso che si sintetizzano di seguito:

- veniva contestata in primo luogo, per violazione degli artt. 3, 8 e 19 Cost., la disposizione (comma 2-bis dell'art. 70), che, per l'applicazione della normativa in questione, stabilisce, per gli enti delle confessioni religiose acattoliche prive di intesa e per quelle con intesa non ancora approvata per legge, una serie di requisiti (con particolare riferimento alla presenza diffusa e consistente a livello territoriale); tale disposizione introduce un'irragionevole disparità di trattamento a danno delle confessioni acattoliche prive di intesa e di quelle con intesa non ancora approvata per legge, rispetto alla Chiesa cattolica ed alle altre confessioni religiose con intesa approvata;

- la norma (comma 2-quater dell'art. 70), che attribuisce ad una Consulta regionale, da nominare con provvedimento della Giunta regionale, il rilascio di un parere preventivo e obbligatorio sulla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 70 comma 2-bis, determina la lesione delle competenze costituzionalmente riservate allo Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. c) Cost. in materia di rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;

- la norma (comma 2-ter dell'art. 70), che prevede per i comuni la possibilità di risoluzione o revoca unilaterale delle convenzioni urbanistiche stipulate dalle confessioni religiose in caso di accertamento di attività non previste dalle convenzioni stesse è suscettibile di violare la libertà religiosa e di culto garantita dall'art. 19 Cost.: la possibilità di revoca della convenzione, infatti, è ancorata ad una formula *"troppo generale e generica"* potendo l'ente confessionale svolgere, in ipotesi, *"purché nel rispetto della pertinente legislazione, attività anche diverse da quelle di religione e culto, ad esempio di carattere culturale o sportivo"*;

- la norma (comma 4 dell'art. 72), che prescrive nel corso del procedimento per la redazione del Piano per le attrezzature religiose l'acquisizione dei pareri, tra gli altri, di esponenti e rappresentanti delle forze dell'ordine, oltre che degli uffici provinciali di questura e prefettura, al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, è censurata per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. h), che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell'ordine pubblico e della sicurezza, e dell'art. 118, comma 3 Cost., che affida alla sola legge statale il potere di disciplinare forme di coordinamento tra Stato e Regioni nella materia della sicurezza pubblica;

- la norma (ultimo periodo del comma 4 dell'art. 72), che fa salva la facoltà dei Comuni di indire *referendum* nel corso del procedimento per la predisposizione del Piano per le attrezzature religiose

³ Cfr. G. CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, cit., che rileva come norme all'apparenza volte a dettare i *«principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi»* in una materia cioè di esclusiva competenza regionale, rendano in realtà *"concreto un indirizzo politico abnorme nelle materie dei rapporti con le confessioni religiose e della tutela dei diritti fondamentali, violando principi e norme della Costituzione, ambedue riservate alla legislazione esclusiva allo Stato"*. Lo stesso autore peraltro dubita della legittimità costituzionale della legge regionale nel suo insieme adducendo argomentazioni in parte riprese dalla Corte nella sentenza in esame.

costituisce un aggravamento del procedimento stesso; tale facoltà viola l'art. 19 Cost., subordinando l'esercizio della libertà religiosa alla quale va ricondotta l'apertura di templi o oratori a "decisioni espressione di maggioranze politiche o altro";

- la previsione (comma 7 lett. e) dell'art. 72) dell'obbligo di installare impianti di video sorveglianza esterni ai nuovi edifici di culto e collegati con gli uffici della polizia locale o con le forze dell'ordine contrasta con l'art. 117, comma 2, lett. h) e con l'art. 118, comma 3 Cost., che affida alla sola legge statale il potere di disciplinare forme di coordinamento tra Stato e Regioni nella materia della sicurezza pubblica;

- il requisito (comma 7 lett. g) dell'art. 72) della "congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR" per la sua ambiguità concettuale si presta ad applicazioni ampiamente discrezionali e facilmente discriminatorie degli enti religiosi in violazione degli artt. 3, 8 e 19 Cost;

- la disposizione (comma 5 dell'art. 72), che stabilisce la mera facoltà e non l'obbligo per i Comuni che intendano prevedere nuove attrezzature religiose di adottare ed approvare l'apposito piano contrasta con l'art. 3 del d.m. (LL.PP.) 2 aprile 1968 n. 1444, in materia di standard urbanistici che prescrive dotazioni minime di almeno 2 mq. per abitanti da destinare ad attrezzature di interesse comune, tra cui quelle religiose; tale previsione ha carattere inderogabile ed attiene alla materia dell'ordinamento civile di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost.

2. Le premesse della decisione della Corte: il principio di laicità e la natura delle intese ex art. 8, comma 3 Cost. alla luce della [sentenza n. 52 del 2016](#).

L'articolato ricorso del Governo ha costretto la Corte a un altrettanto articolato ragionamento in punto di diritto prima di giungere a un dispositivo comprensivo di due dichiarazioni di illegittimità, due rigetti interpretativi e tre inammissibilità di cui una manifesta.

Il Giudice delle leggi prima di esaminare le questioni sottoposte al suo giudizio ha, infatti, inteso richiamare i principi costituzionali in materia di libertà religiosa e di status delle confessioni religiose con e senza intesa con lo Stato.

Il riferimento è al principio di laicità⁴ inteso come principio supremo come tale immodificabile e immanente dell'ordinamento che postula, secondo l'accezione fornite dalla giurisprudenza

⁴ Com'è noto il principio di laicità è stato elaborato con la [sentenza 12 aprile 1989, n. 203](#) quando la Corte si è trovata a decidere sulle nuove norme concordatarie che, nel superare la logica del confessionismo di Stato dei Patti lateranensi (l'art. 1 del Protocollo addizionale alla legge 25 marzo 1985, n. 121 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra lo Stato e la Santa Sede che apportava modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, definiva «non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano») confermarono comunque l'impegno statale ad impartire l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole salvaguardando la libertà di coscienza di coloro che non intendevano frequentare detta materia. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Pretore di Firenze, con riferimento agli artt. 2, 3 e 19 Cost., e concerneva l'art. 9, punto (*recte*: numero) 2, della citata l. 25 marzo 1985, n. 121 (Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede) e l'art. (*recte*: punto) 5, lett. b), numero 2, del suddetto Protocollo addizionale, nel dubbio ch'essi avrebbero causato discriminazione a danno degli studenti non avvalentisi dell'insegnamento di religione cattolica "ove non potessero legittimare la previsione dell'insegnamento religioso come insegnamento meramente facoltativo". In sostanza, costringere gli alunni non avvalentisi alla frequenza di un'ora alternativa a quella di religione veniva ritenuto contrario agli artt. 3 e 19, intesi «come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione». Per la Corte, quei valori «concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non

costituzionale, non indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, come nell'esperienza d'Oltralpe⁵, bensì salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale: compito

indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». Dopo un excursus della normativa relativa all'insegnamento della religione (cattolica) a partire dall'epoca giolittiana sino alle norme concordatarie del 1929, la Corte, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha "salvato" le norme del nuovo Concordato affermando che "la Repubblica può, proprio per la sua forma di Stato laico, fare impartire l'insegnamento di religione cattolica in base a due ordini di valutazioni: a) il valore formativo della cultura religiosa, sotto cui s'inscrive non più una religione, ma il pluralismo religioso della società civile; b) l'acquisizione dei principi del cattolicesimo al «patrimonio storico del popolo italiano».

Il *genus* («valore della cultura religiosa») e la *species* («principi del cattolicesimo nel patrimonio storico del popolo italiano») concorrono a descrivere l'attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini."

Le norme in parola che garantiscono a ciascuno "nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori" il "diritto soggettivo di scelta se avvalersi o non avvalersi" dell'insegnamento della religione cattolica si inseriscono "nella logica strumentale propria dello Stato-comunità che accoglie e garantisce l'autodeterminazione dei cittadini, mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo di scelta se avvalersi o non avvalersi del predisposto insegnamento della religione cattolica".

Si tratta di una "figura di diritto soggettivo che non ha precedenti in materia", la cui titolarità è riconosciuta ai genitori e, per le scuole secondarie superiori, direttamente agli studenti (in base all'art. 1, punto 1, l. n. 281 del 1986).

La Corte esclude infine che possa essere prevista come obbligatoria un'altra materia per chi decida di non avvalersi dell'insegnamento di religione cattolica: l'alternativa per costoro è uno stato di non-obbligo, dal momento che la previsione di altro insegnamento obbligatorio "verrebbe a costituire condizionamento per quella interrogazione della coscienza, che deve essere conservata attenta al suo unico oggetto: l'esercizio della libertà costituzionale di religione".

Come rilevato in dottrina, (v. A. GUAZZAROTTI, *Laicità e giurisprudenza* in Europeanrights.eu, 2011), "il principio di laicità delineato nella [sentenza 203/1989](#) "rivela come la logica prevalente dell'operazione della Corte è quella della "libertà religiosa positiva" (autenticità della scelta di chi si avvale dell'ora di religione), cui si somma l'attitudine di servizio dello stato verso esigenze religiose dei cittadini. Con una sintesi forse poco riverente, potremmo chiamarla una "laicità di servizio". Lo stesso autore rileva altresì come "questa laicità di servizio non venga invece richiamata in quei casi in cui a farsi sentire sono istanze confessionali di tipo minoritario" e sottolinea come l'aver caratterizzato in questo modo il principio di laicità significhi "offuscare" la diretta precettività di diritti e principi costituzionali apparentemente dotati di immediata applicabilità, quali il divieto di discriminazioni per motivi di religione, la parità di tutte le confessioni, la libertà individuale di religione, specie nel suo risvolto negativo quale presidio della (presupposta) libertà di coscienza (artt. 3, co. 1; 8, co. 1; 19 Cost.)".

Altri non hanno mancato di definire "ambigua" la concezione di laicità scaturita dalla decisione 203: così G. BRUNELLI, *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi* in [Rivista AIC](#), 2013, che afferma trattarsi "di una concezione della laicità che determina non pochi problemi teorici ed applicativi, essendo difficilmente conciliabile sia con la libertà negativa di religione - in quanto assegna un valore preminente all'esperienza religiosa (rispetto alle posizioni non religiose o anti-religiose) - sia con il principio di separazione tra gli ordini ex art. 7, comma 1, Cost., in base al quale lo Stato è radicalmente incompetente in merito alla definizione di ciò che è e ciò che non è religioso".

Tra i tanti commenti alla decisione v. N. COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica*, in *Foro It.*, 1989; S. BORDONALI, *Sulla laicità dell'ora di religione cattolica* in *Dir. Famiglia*, 1989; P. CAVANA, *L'interpretazione del principio di laicità dello Stato e la sentenza n. 203/1989 della Corte Costituzionale*, in *Dir.Eccles.*,1993.

Sul tema della laicità nella giurisprudenza costituzionale v. S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale (e rispetto alla posizione dei giudici comuni)*, Atti del Convegno "Costituzione e ordinamento giuridico", Foggia 24-25 novembre 2006, in [Rivista AIC](#); S. PRISCO, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in [Costituzionalismo.it](#), Fasc.1/2007; P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2011, 766; M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, Edizioni ETS, 2012;^[1] L. MUSSELLI – C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁵ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Laicità e giurisprudenza*, cit., che mette a confronto la laicità dello Stato francese con il principio di laicità coniato dalla Corte Costituzionale in Italia: secondo il citato autore la laicità francese, concetto distinto dalla libertà religiosa e di coscienza, "è l'esito di politiche volte innanzitutto a sottrarre alla Chiesa il pervasivo controllo sulla società che le forze conservatrici e della reazione le avevano attribuito fino all'avvento della III Repubblica nel 1870, politiche la cui formale legittimazione era comunque quella di garantire la libertà religiosa e di coscienza dei cittadini. In

della Repubblica, secondo quanto emerge dalle pronunce citate dalla stessa Corte,⁶ è quello di garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione che rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2 Cost.

Da tale principio discende a cascata che garantire la libertà religiosa significa anche garantire il libero esercizio del culto (art. 19 Cost.), che, rappresentando l'estrinsecazione di detta libertà, è ugualmente riconosciuto a tutti e a tutte le confessioni religiose secondo quanto inequivocabilmente sancito dall'art. 8, commi 1 e 2, Cost. e ciò a prescindere dalla stipulazione di una intesa con lo Stato.

Inevitabile a questo punto il richiamo operato dalla Corte alla propria precedente [sentenza n. 52 del 27 gennaio 2016](#) che ha trattato il tema delle intese ex art. 8, comma 3 Cost operando una "dissociazione" tra la libertà religiosa assicurata a tutte le confessioni religiose senza distinzione alcuna, e il regime pattizio di cui agli artt. 7 e 8, comma 3 Cost. destinato a normare specifici aspetti del rapporto tra lo Stato e le confessioni religiose e basato sulla "concorde volontà" di entrambi tali soggetti.

La sentenza ha deciso il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato insorto tra Governo e Corte di Cassazione annullando la sentenza di quest'ultima (sent. Sezioni Unite Civili, 28 giugno 2013, n. 16305), che aveva a sua volta respinto il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione, avanzato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri avverso la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 novembre 2011, 6083.

Si tratta di una complessa vicenda⁷ il cui punto centrale era costituito dalla questione se fosse o meno sindacabile in sede giurisdizionale, la pretesa di una associazione non riconosciuta (nella specie

termini operativi e "processuali", infatti, la laicità fissa un obbligo di neutralità allo Stato che rende superflua la dimostrazione dell'incidenza di certe politiche pubbliche "religiosamente sensibili" sulla libertà di coscienza individuale e sulla parità tra i culti e i loro membri" (*omissis*) - ; al contrario, "la nostra laicità non è stata pensata (dalla Corte costituzionale) per fornire strumenti operativi ai giudici bensì per fornire legittimazione simbolica alla politica neo-concordataria del legislatore".

⁶ La Corte richiama sul punto, oltre alla [sentenza 203/1989](#) (v. *supra* nota 3), la [sentenza Corte cost. 20 novembre 2000, n. 508](#), in *Giur. It.*, 2001, 2228, con nota di F. ALBO; in *Giur. Cost.*, 2000, 3965, con note di M. OLIVETTI e di B. RANDAZZO, in *Corriere Giur.*, 2001, 335, con nota di C. COLELLA; la [sentenza Corte cost. 14 novembre 1997, n. 329](#), in *Giur. It.*, 1998, 987, con nota di F. FONTANA; in *Giur. Cost.*, 1997, 3335, con nota di F. RIMOLI, e in *Foro It.*, 1998, I, 26, con nota di G. FIANDACA; la [sentenza Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334](#), in *Giur. It.*, 1997, I, 1; in *Foro it.*, 1997, I, 25, con nota di G. VERDE, ed in *Giur. Cost.*, 1996, 2919, con nota di S. MANGIAMELI e G. DI COSIMO.

⁷ L'UAAR aveva proposto ricorso avanti al TAR del Lazio chiedendo l'annullamento della delibera del Consiglio dei ministri del 27 novembre 2003, la quale, recependo il parere dell'Avvocatura generale dello Stato, decideva di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione, ritenendo che la professione di ateismo non potesse essere assimilata ad una confessione religiosa, intesa quale "*un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone, che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale*" (Nota Presidenza del Consiglio 5 dicembre 2003).

Sulla questione si era pronunciato il TAR Lazio, sezione prima che, con sentenza 31 dicembre 2008, n. 12539, dichiarava l'inammissibilità del ricorso per difetto assoluto di giurisdizione ritenendo che la determinazione impugnata avesse natura di atto politico in quanto tale non impugnabile ai sensi dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del Processo amministrativo*) che, come è noto, riproduce l'analoga norma già contenuta nell'art. 31 del R.D. n. 1054 del 1924 (*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*).

A diversa conclusione perveniva il Consiglio di Stato, Sez. IV, che, in sede di appello, con sentenza 18 novembre 2011, n. 6083, ribaltava la sentenza del giudice amministrativo di prima istanza. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, l'atto di avvio o mancato avvio delle trattative non poteva considerarsi atto politico, bensì atto di valutazione tecnica con cui l'Amministrazione debba motivare la ponderazione degli interessi in gioco: quello dell'associazione ad addivenire all'intesa, con l'interesse pubblico alla selezione dei soggetti con cui avviare le trattative. Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, la valutazione governativa della riconduzione dell'associazione alla categoria delle "confessioni religiose" deve essere sindacabile. In ogni caso, e quanto meno, l'avvio delle trattative sarebbe obbligatorio, qualora si pervenisse alla conclusione secondo cui l'associazione richiedente sia "confessione religiosa", salva ovviamente restando la facoltà del

l'UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti) ad avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula dell'intesa prevista dal comma 3 dell'art. 8, pretesa che era stata negata dal Governo sul presupposto del disconoscimento in capo all'istante della qualifica di "confessione religiosa".

La Corte di Cassazione, conformandosi in punto di diritto al giudizio emesso dal Consiglio di Stato, qualificava l'accertamento preliminare circa la qualificazione dell'istante come confessione religiosa esercizio di *discrezionalità tecnica* come tale sindacabile in sede giurisdizionale. La tesi sostenuta si fondava sul collegamento tra il primo comma dell'art. 8 Cost., che garantisce l'eguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge, con il successivo comma 3, che assegna all'intesa la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni diverse da quella cattolica: in quest'ottica, cioè, la stipulazione dell'intesa appare volta anche alla migliore realizzazione dei valori di eguaglianza tra confessioni religiose. Per tale ragione, si assumeva che l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non possa essere rimessa all'assoluta discrezionalità del potere esecutivo, pena – appunto – il sacrificio dell'eguale libertà tra confessioni religiose. Si osservava, tra l'altro, che le intese «si stanno atteggiando, nel tempo, in guisa di normative “per adesione”, innaturalmente uniformandosi a modelli standardizzati»⁸ e da tale circostanza derivava che il Governo avrebbe avuto l'obbligo giuridico di avviare le trattative ex art. 8 Cost. per il solo fatto che una qualsiasi associazione lo richieda, e a prescindere dalle evenienze che si possano verificare nel prosieguo dell'iter legislativo.

Il Governo, nel contestare la tesi della Cassazione circa la *doverosità* dell'avvio delle trattative per la conclusione dell'intesa, sosteneva che l'art. 8, comma 3 Cost. costituiva “norma sulle fonti” dal momento che “le intese integrerebbero il presupposto per l'avvio del procedimento legislativo finalizzato all'approvazione della legge che regola i rapporti tra Stato e confessione religiosa, e pertanto parteciperebbero della stessa natura, di atto politico libero, delle successive fasi dell'*iter legis*. La dottrina avrebbe, altresì, chiarito che le intese, in quanto dirette all'approvazione di una legge, coinvolgerebbero *la responsabilità politica del Governo, ma non la responsabilità dell'amministrazione*. In sostanza, poiché l'omesso esercizio della facoltà di iniziativa legislativa in materia religiosa rientra tra le determinazioni politiche sottratte al controllo dei giudici comuni, così come il Governo è libero di non dare seguito alla stipulazione dell'intesa, omettendo di esercitare l'iniziativa per l'approvazione della legge prevista dall'art. 8, comma 3, Cost., a maggior ragione dovrebbe essere libero, nell'esercizio delle sue valutazioni politiche, di non avviare alcuna trattativa.”

Governo di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative, ovvero la facoltà del Parlamento di non tradurre in legge l'intesa medesima.

Contro la sentenza del Consiglio di Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri proponeva ricorso ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione, alle sezioni unite della Corte di cassazione, sostenendo che il rifiuto di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. debba qualificarsi “atto politico” insindacabile.

Le sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sent. n. 16305 del 2013, respingevano il ricorso, affermando che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale. Ciò in quanto, a detta della Cassazione, il terzo comma dell'art. 8 sarebbe strumentale al primo comma della stessa norma e, dunque, alla realizzazione dell'eguaglianza tra confessioni religiose. Successivamente a tale pronuncia, il TAR Lazio, sezione prima, con sentenza 3 luglio 2014, n. 7068, respingeva nel merito il ricorso dell'UAAR, affermando la correttezza del comportamento governativo di diniego della trattativa sulla base della considerazione secondo cui l'associazione richiedente non rientrerebbe, secondo peraltro l'auto-qualificazione contenuta nel proprio statuto, nella categoria delle confessioni “religiose”.

Nonostante tale pronuncia il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della Corte di cassazione insistendo sulla tesi che il rifiuto di avviare le trattative finalizzate alla stipula dell'intesa sia atto politico, espressione della funzione di indirizzo politico che la Costituzione assegna al governo in materia religiosa e come tale, sottratto al sindacato giurisdizionale.

⁸ Vedi il punto 8 della motivazione in diritto della sentenza Corte di Cass. SS.UU. n. 16305 del 2013.

La Corte ha “sposato” le tesi formulate dal Governo dichiarando che non spettava alla Corte di Cassazione sindacare in sede giurisdizionale la delibera del Consiglio dei Ministri che ha negato all’UAAR l’apertura delle trattative per la stipula dell’intesa di cui all’art. 8, comma 3 Cost. e, nel farlo, ha colto l’occasione per fornire una interpretazione “autentica” del disposto costituzionale di cui al citato art. 8, comma 3, volto ad estendere alle confessioni religiose acattoliche il “metodo della bilateralità”. Le intese cioè sono finalizzate a riconoscere le esigenze specifiche di ciascun gruppo di fede, concedendo particolari vantaggi o imponendo determinate limitazioni oppure attribuendo rilevanza nell’ordinamento ad atti confessionali e ciò a prescindere dalla circostanza che, come la stessa Corte riconosce, le stesse mostrino una certa tendenza alla uniformità di contenuti.

Nel sistema costituzionale, si afferma, *“le intese non sono una condizione imposta dai pubblici poteri allo scopo di consentire alle confessioni religiose di usufruire della libertà di organizzazione e di azione, o di giovare dell’applicazione delle norme, loro destinate, nei diversi settori dell’ordinamento. A prescindere dalla stipulazione di intese, l’eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell’art. 8 Cost. ([sentenza n. 43 del 1988](#)) e dall’art. 19 Cost, che tutela l’esercizio della libertà religiosa anche in forma associata. La giurisprudenza di questa Corte è anzi costante nell’affermare che il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese ([sentenze n. 346 del 2002](#) e [n. 195 del 1993](#))”*.

La mancata stipulazione di un’intesa di per sé non è *“incompatibile con la garanzia di uguaglianza tra le confessioni religiose diverse da quella cattolica, tutelata dall’art. 8, primo comma Cost.”*; d’altra parte, si sostiene, nel nostro ordinamento, caratterizzato dal principio di laicità e, quindi, di imparzialità ed equidistanza rispetto a ciascuna confessione religiosa, *“non è in se stessa la stipulazione dell’intesa a consentire la realizzazione dell’eguaglianza tra le confessioni: quest’ultima risulta invece complessivamente tutelata dagli artt. 3 e 8, primo e secondo comma, Cost., dall’art. 19 Cost., ove è garantito il diritto di tutti di professare liberamente la propria fede religiosa, in forma individuale o associata, nonché dall’art. 20 Cost.”*

Ma il passaggio cruciale della sentenza, che costituisce una sorta di postulato sul quale si fonda [la decisione n. 52](#) in esame, è l’affermazione secondo la quale *“non è corretto sostenere che l’art. 8, comma 3, Cost. sia disposizione procedurale meramente servente dei – e perciò indissolubilmente legata ai – primi due commi, e quindi alla realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo in materia religiosa in essi sanciti. Il comma 3, invece, ha l’autonomo significato di permettere l’estensione del “metodo bilaterale” alla materia dei rapporti tra Stato e confessioni non cattoliche, ove il riferimento a tale metodo evoca l’incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare le trattative”*⁹.

Ne deriva che solo il legislatore potrebbe, nell’ambito della discrezionalità che gli è propria *“introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell’interlocutore”* e solo allora il rispetto di tali vincoli potrebbe essere sindacato nelle sedi appropriate costituendo tali parametri un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative.

Non è quindi configurabile, allo stato attuale, secondo la Corte, alcuna pretesa giustiziabile all’avvio delle trattative preordinate alla conclusione dell’intesa ex art. 8, comma 3 Cost.: a ciò ostano *“ragioni istituzionali e costituzionali”* e più in particolare :

- il metodo della bilateralità cui fa riferimento dell’art. 8, comma 3 Cost. pretende una concorde volontà delle parti nell’iniziare le trattative, prima ancora che nel condurle e nel concluderle ;

⁹ [Par. 5.1 del Considerato in diritto.](#)

- non essendovi una pretesa giustiziabile alla conclusione positiva delle trattative, non può esservi neppure una pretesa all'avvio delle stesse; non si vede del resto in quali forme e strumenti la stipulazione di tale intesa possa essere imposta al Governo.

La non giustiziabilità della pretesa all'avvio delle trattative è inoltre giustificata da argomenti di ordine “politico” dovendosi considerare *“la serie di motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative”*. La discrezionalità ampia di cui gode il Governo in materia anzi, potrebbe, afferma la Corte, indurlo a *“non concedere nemmeno quell'implicito effetto di “legittimazione” in fatto che l'associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative”*¹⁰.

La scelta del Governo, che si esprime attraverso il Consiglio dei Ministri, cui spetta di adottare “gli atti concernenti i rapporti previsti dall'art. 8 della Costituzione” ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. 1) della legge n. 400 del 1988, pur tuttavia non è completamente immune da ogni controllo: in caso di diniego di avvio delle trattative, infatti, il Governo risponde non in sede giudiziaria bensì di fronte al Parlamento che può doverosamente esercitare, visti i delicati interessi protetti dall'art. 8, comma 3, Cost., un controllo effettivo, fin dalla fase preliminare all'apertura vera e propria delle trattative, sulle deliberazioni per legge spettanti al Consiglio dei Ministri.

La Corte, si premura poi di circoscrivere la portata del riconoscimento di “atto politico”¹¹ alla decisione del Consiglio dei Ministri affermando che l'atto (di diniego) nella parte in cui nega la natura di confessione religiosa al gruppo istante, non ha efficacia esterna al procedimento sotteso all'art. 8,

¹⁰ [Par. 5.2 del Considerato in diritto.](#)

¹¹ Cfr. S. LEONE, *L'aspettativa di avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula di un'intesa ex art. 8, comma terzo, Cost. non è assistita da enforcement giudiziario. Ma il diniego governativo non pregiudica, ad altri fini, la posizione giuridica dell'istante (Corte cost. n. 52/2016)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), per la quale “pare utile sgombrare il campo da un possibile equivoco, che potrebbe insorgere laddove si spostasse la lente di osservazione dall'atto (il diniego di avvio del negoziato) alla motivazione dell'atto (il diniego della qualifica di confessione religiosa). A essere insindacabile, in quanto espressivo di discrezionalità politica, è il primo “.

Sulla questione della definizione di “atto politico” di cui all'art. 7, comma 1, ultimo periodo del Codice del Processo amministrativo in relazione alle disposizioni della Costituzione con particolare riferimento all'art. 113, v. R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), ed ivi gli ampi richiami alla dottrina e giurisprudenza formatasi in materia.

L'autore afferma che una “categoria di atti politici non sussiste in sé in quanto categoria di atti non giustiziabili, ma solo in quanto categoria di atti correlati a funzioni costituzionali tipiche. Esistono cioè atti politici solo in quanto *atti costituzionali*, cioè espressivi degli ambiti di autonomia propri di organi costituzionali. Pertanto solo con riferimento ad atti di tali organi (se si vuole) si possono categorizzare *atti costituzionali politici* in contrapposizione ad *atti costituzionali non politici*, cioè giustiziabili a prescindere dalla provenienza dall'organo costituzionale *se idonei a violare situazioni giuridiche soggettive*. Se l'atto promani dall'esecutivo si potrà parlare di “atto costituzionale politico” (o non politico) del Governo, ovvero di *atto (costituzionale) di governo*. Quindi anche gli atti di governo saranno o meno politici a seconda della relativa idoneità causale ad incidere sul patrimonio giuridico di singoli”.

In sostanza, “il carattere identificativo dell'atto politico non è tanto la sua provenienza *quanto piuttosto la sua non idoneità sul piano causale ad incidere direttamente sul patrimonio giuridico dei soggetti dell'ordinamento*”. Una tale lettura riconduce la categoria dottrinale degli atti politici all'interno degli atti costituzionali “allo scopo di sterilizzare le conseguenze anticostituzionali dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo del Codice del Processo amministrativo” che nella sua formulazione letterale si pone in aperto contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. A riguardo si richiama la giurisprudenza della Corte Costituzionale e, in particolare, la [sentenza n. 81 del 2012](#) laddove si afferma che “gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate”.

comma 3, Cost. e non può pregiudicare ad altri fini i principi protetti dagli articoli 3, 8, 19 e 20 Cost. e che “*un eventuale atto lesivo, adottato in contesti ovviamente distinti rispetto a quello ora in questione, potrà essere oggetto di controllo giudiziario, nelle forme processuali consentite dall’ordinamento, allo scopo di sindacare la mancata qualificazione di confessione religiosa che pretendesse di fondarsi sull’atto governativo*”.

Occorre, cioè, operare una distinzione tra l’accertamento in astratto dei caratteri confessionali di un gruppo religioso, accertamento dal quale dipende l’applicazione delle norme del diritto comune in favore delle associazioni religiose¹² e l’individuazione in concreto dell’interlocutore con il quale avviare le trattative finalizzate all’intesa: quest’ultima “*è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, comma 3, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo*”.

Le argomentazioni della Corte, nei vari passaggi interpretativi sopra riportati, hanno suscitato un ampio dibattito tra gli studiosi della materia che hanno sottoposto ad uno screening approfondito la decisione in esame¹³.

In questa sede preme segnalare solo alcuni aspetti di rilievo che sono intimamente collegati alla [decisione n. 63](#) oggetto dell’attuale commento.

In primo luogo suscita perplessità l’asserita mancata strumentalità dell’art. 8, comma 3 Cost. rispetto ai primi due commi dello stesso articolo, affermazione, questa, che consente alla Corte di negare all’intesa il legame con i principi di uguaglianza e pluralismo in materia di religione che troverebbero già di per sé complessiva tutela in altri articoli della costituzione e, segnatamente, negli artt. 3, 8, commi 1 e 2, e 19¹⁴.

¹² La sentenza ([par. 5.3 del Considerato in diritto](#)) richiama sul punto la precedente giurisprudenza della Corte secondo la quale “in assenza di una legge che definisca la nozione di “confessione religiosa”, e non essendo sufficiente l’auto-qualificazione, «la natura di confessione potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione», dai criteri che, nell’esperienza giuridica, vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizzazioni sociali ([sentenza n. 195 del 1993](#); in termini analoghi, [sentenza n. 467 del 1992](#))”.

¹³ Tra i tanti commenti, oltre ai lavori di R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all’art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale* e di S. LEONE, *L’aspettativa di avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula di un’intesa ex art. 8, comma terzo, Cost. non è assistita da enforcement giudiziario. Ma il diniego governativo non pregiudica, ad altri fini, la posizione giuridica dell’istante (Corte cost. n. 52/2016)* citati in nota 10, si vedano A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell’upgrading del giudizio concernente il diniego all’avvio delle trattative*, in [Federalismi.it](#); S. LARICCIA, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [Statochiese.it](#), n. 20/2016 1 ss.; I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in [Federalismi.it](#); M. PAPPONE, *L’apertura delle trattative per la stipula di intese costituisce attività politica non sindacabile in sede giurisdizionale*, in [Osservatorio AIC](#), 2, 2016, 1 ss.; A. PIN, *L’inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in [Federalismi.it](#); A. POGGI, *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in [Federalismi.it](#); D. PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose*, in [Federalismi.it](#); A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iusdictio e gubernaculum, ovvero sia l’abnorme dilatazione dell’area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in [Federalismi.it](#); V. VITA, *Della non obbligatorietà dell’avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un’intesa. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016*, in [Osservatorio AIC](#), 2, 2016, 1 ss.

¹⁴ L’intesa rappresenterebbe, cioè, “soltanto un *quid pluris*, funzionale “al riconoscimento di esigenze peculiari del gruppo religioso”, ritenute non ininfluenti (bisogna ipotizzare) a modificare lo *status* della confessione – ossia l’insieme delle garanzie che ne definiscono la complessiva condizione giuridica all’interno dell’ordinamento statale – ma non per profili afferenti al godimento di diritti e libertà essenziali e, quindi, senza ricadute sul parametro della “eguale libertà” che la Corte ci dice ora da intendere necessariamente limitato ai contenuti di base del libero organizzarsi e agire della confessione”, così A. LICASTRO *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana? in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [Statochiese.it](#), n. 26/2016.

Come evidenziato in dottrina, infatti, il collegamento era ben presente ai padri costituenti il cui intento era di tentare di “risarcire” in qualche modo le confessioni di minoranza discriminate nell’epoca fascista mediante l’approvazione di un testo che riconoscesse a queste ultime la possibilità di esprimere liberamente la propria fede nell’ambito di uno strumento, quello appunto dell’intesa, che si poneva “a garanzia del pluralismo religioso, quale principio fondante la nascente Repubblica”¹⁵.

Se dunque non può non convenirsi con l’affermazione della Corte secondo la quale l’uguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni religiose a prescindere dalla stipulazione di intese di talché il legislatore non può operare discriminazioni tra le confessioni stesse in base al fatto che esse abbiano o meno raggiunto tali intese, deve però ugualmente riconoscersi come il negare la sussistenza di un legame tra il primo ed comma 3 dell’art. 8 significa negare rilievo al criterio della “uguale libertà” che, quanto meno in astratto, garantisce ai gruppi religiosi di avere accesso a quegli “status promozionali” in condizione di assoluta parità: diversamente interpretato, infatti, il principio della bilateralità disgiunto dal principio di eguale libertà “rischia, infatti, di divenire fonte di odiosi privilegi”¹⁶ quando la finalità ultima degli accordi con le confessioni è “quella di pervenire ad uno svolgimento il più ampio e completo possibile di tutte le estrinsecazioni della libertà religiosa; ed è obiettivo da considerare ineludibile nell’ambito dei principi di cui la Costituzione si sostanzia, come insieme di direttrici da perseguire ed attuare *magis ut valeat*”.¹⁷

In conclusione, “qualsiasi funzione si ritenga di dovere attribuire all’istituto disciplinato dall’art. 8, comma 3, Cost., l’eguaglianza di *chance*, e quindi la medesima possibilità di accesso all’intesa, dovrebbe essere garantita a tutti i gruppi (non per effetto del principio di cui al primo comma dell’art. 8 Cost. ma in forza del *principio di uguaglianza* di cui all’art. 3, primo comma, Cost., che ha peraltro un

¹⁵ Così A. POGGI, *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intesa da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, cit., 7, che ricostruisce fedelmente i passaggi dell’Assemblea costituente dai quali emerge che il sistema delle intese era strettamente collegato al principio di piena libertà per tutte le confessioni religiose.

Sul punto si v. anche V. VITA, *Della non obbligatorietà dell’avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un’intesa.*, cit., che richiama l’intervento dell’on. Ruini il quale, nel corso dei lavori preparatori dell’Assemblea costituente, nella seduta del 25 marzo 1947, ebbe ad affermare: “Bisogna bensì andare incontro ai desideri delle minori confessioni, ed assicurarne la libertà. La Commissione ritiene che debbano sempre, nei loro rapporti con lo Stato, essere regolate da legge. In molti casi non occorrerà che intervenga una legge: le confessioni saranno lasciate interamente libere. Ma il giudizio e la decisione se si debba o no provvedere con legge, non può essere rimesso alla rappresentanza della confessione: spetta logicamente e necessariamente allo Stato; che ha tuttavia il dovere di procedere, ove sia richiesto, a trattative con tali rappresentanze. Questo sembra il sistema, indubbiamente migliore fra tutti, che risponde al pensiero della Commissione. La sua applicazione potrà aver luogo con piena soddisfazione delle Chiese interessate.”

Per una definizione dell’intesa come “*contratto di diritto pubblico interno*”, v. C. TOMBA, *Il principio di laicità: mero strumento rafforzativo del principio di uguaglianza “senza distinzione di religione” ovvero obbligo positivo nei confronti dei pubblici poteri? Riflessioni a prima lettura delle sentenze n. 63 e n. 52 del 2016*, in *Osservatorio AIC*, 2/2016 ed ivi ampi riferimenti in dottrina. Tale qualificazione produrrebbe l’effetto “non soltanto di non permettere al legislatore di modificare unilateralmente il contenuto dell’eventuale intesa raggiunta attraverso una revisione della legge approvata ex art. 8, comma 3, ma anche quello di integrare un vero e proprio obbligo costituzionale per il Governo di presentare il disegno di legge di approvazione dell’intesa stessa al Parlamento, disegno di legge che deve riprodurre almeno la sostanza – c.d. obbligo di conformità sostanziale – dell’intesa conclusiva delle trattative”. La definizione della legge di approvazione dell’intesa come “legge rinforzata” e cioè resistente a qualsiasi modifica o abrogazione nel tempo perché vincolata all’intesa con essa approvata, secondo la citata autrice, costituirebbe inoltre un ulteriore argomento in favore del riconoscimento di un “obbligo positivo ulteriore e rafforzato rispetto al mero divieto di discriminazione per motivi religiosi, nei confronti del Governo” e dunque in un obbligo a carico di quest’ultimo “di motivare l’eventuale diniego all’avvio delle trattative di cui al comma 3 dell’articolo 8 della Costituzione” con la conseguenza della sussistenza di un “ulteriore eventuale potere di verificare in sede giudiziaria che tali motivazioni non siano discriminatorie, in violazione del primo comma dell’articolo 8”.

¹⁶ Così V. VITA, *Della non obbligatorietà dell’avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un’intesa.*, cit. 7.

¹⁷ In tal senso S. BERLINGÒ, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 463.

riscontro del tutto simmetrico, per i profili in esame, nel *principio di imparzialità* della Pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)”.¹⁸

E’ stato altresì evidenziato come una legge attuativa del principio di bilateralità, che la sentenza evoca quale fondamento per la “giustiziabilità” delle scelte governative nell’ambito del procedimento per la stipula delle intese¹⁹”, dovrebbe limitarsi a disciplinare il mero procedimento di negoziazione, non potendo essa stessa introdurre alcun criterio quantitativo o sociologico sul quale selezionare le confessioni istanti, al di là di parametri minimi di ragionevolezza”.²⁰

Ma vi è anche un altro passaggio della sentenza che desta perplessità e che si collega, sotto altri aspetti, alla successiva [decisione n. 63 del 2016](#) ed è il punto in cui la Corte richiama “*la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali*” che consentirebbero al Governo addirittura di astenersi dall’avviare trattative con soggetti considerati politicamente “non idonei” i quali anzi potrebbero, per ciò solo, avvalersi di quell’implicito effetto “di legittimazione” derivante dal contatto intrapreso.

Una tale prudenza, si è detto, “inviterebbe a dedurre fatti politici in una sorta di condizione sospensiva della neutralità dinnanzi alle religioni, in nome di una ragion di Stato paradossalmente opposta alla forma democratica e laica della Repubblica”²¹.

Il ragionevole bilanciamento degli interessi protetti dagli artt. 8 e 95 escluderebbe dunque, secondo il ragionamento della Corte, una “pretesa” giustiziabile all’avvio delle trattative con l’unico limite che il Governo, nella sua ampia discrezionalità incontra, del rispetto dei principi costituzionali. La Corte, dunque, in ultima analisi, non considera che nell’ambito di tale valutazione di opportunità politica possano entrare in gioco altri principi costituzionali, quali il pluralismo culturale e confessionale e il principio di laicità, principi che dovrebbero essere anch’essi oggetto di bilanciamento e porsi come limiti al principio di bilateralità e alla funzione d’indirizzo politico²².

Come si è giustamente osservato, la decisione della Consulta, “dilata l’area del politicamente riservato e mette al riparo da ogni forma di sindacato giurisdizionale i comportamenti, in forma sia omissiva che commissiva, del Governo, con ciò facendo arretrare la soglia entro la quale la Corte stessa, unitamente agli altri giudici, può (e deve) far luogo al sindacato medesimo”²³.

In considerazione della posizione assunta dalla Corte con la sentenza in questione, e a prescindere dal possibile sindacato del Parlamento riguardo alle decisioni assunte dal Governo, molti autorevoli commentatori si sono interrogati sui possibili rimedi giuridici a disposizione delle confessioni religiose

¹⁸ Cfr. A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, cit., 25

¹⁹ Secondo A. PIN, *L’inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni*, cit., 8 “In realtà, la Corte sembra scoraggiare quest’ipotesi, proprio quando riconosce che una molteplicità di fattori, mutevoli per composizione e importanza, “*possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all’associazione, che lo richiede, l’avvio delle trattative*”. La conclusione della Corte è piuttosto *tranchant*: a “*fronte di tale estrema varietà di situazioni, che per definizione non si presta a tipizzazioni, al Governo spetta una discrezionalità ampia*”.

²⁰ Così J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma Cost. in Stato, Chiese e pluralismo confessionale* in [Statochiese.it](#), n. 30/2016.

²¹ J. PASQUALI CERIOLI, *op. cit.*, 12.

²² In tal senso V. VITA, *Della non obbligatorietà dell’avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un’intesa*, cit., 9 che giunge alla conclusione per cui sarebbe stato più opportuno che la Corte avesse deciso nel senso della sindacabilità dell’atto del Governo benché rientrante nella discrezionalità tecnica dello stesso, in relazione al fatto che “*ricorrere il diniego del Governo di avviare le trattative tra le decisioni politiche non sindacabili espone le confessioni religiose al rischio di essere trattate in modo diseguale, non sulla base dei contenuti dell’intesa che potrebbero proporre, bensì sul mero presupposto di appartenere ad una determinata religione, e, dunque, in definitiva, sulla base di quello che potrebbe essere un pregiudizio ideologico non compatibile col principio di laicità*”.

²³ L’osservazione, anzi, la constatazione è di A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iusdictio e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell’area delle decisioni politiche non giustiziabili*, cit., 9.

che si vedano negare l'apertura delle trattative finalizzate alla stipulazione delle intese di cui al comma 3 dell'art. 8 Cost.

Alcuni hanno suggerito l'eventualità di ricorrere agli strumenti offerti dall'ordinamento che attendono alla giustiziabilità dell'interesse legittimo²⁴; altri ritengono che si possa sollevare conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato ex art. 134 Cost.²⁵ nonostante a ciò osti l'attuale regolamentazione di cui alla legge n. 87 del 1953 in tema di legittimazione ad essere parte del conflitto²⁶.

La questione non può essere approfondita in questa sede ma merita inoltre segnalare che le conclusioni cui è giunta la Corte non appaiono del tutto in linea con i principi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo in tema di uguale riconoscimento di diritti di libertà religiosa.²⁷

Fatti salvi i rilievi in punto di diritto, comunque, è pressoché unanime in dottrina la constatazione che l'assenza di una legge organica sulla libertà religiosa²⁸ inevitabilmente acuisce la responsabilità "politica" del Governo nella stipulazione delle intese, e dilata inevitabilmente i margini di discrezionalità dello stesso".²⁹

A tale riguardo, non può tacersi che a oggi i gruppi religiosi senza intesa sono soggetti al regime peggiore dei c.d. "culti ammessi" di cui alla legislazione fascista (l. n. 1159 del 1929 e R.D. n. 289 del 1930) senza poter beneficiare di canali di finanziamento statale, in primis quello dell'8 per mille³⁰ sicché l'auspicio dell'approvazione di una legge di questo genere, che avrebbe anche il pregio di abrogare la precedente normativa in materia, "potrebbe rendere di applicazione generale il c.d. diritto comune delle intese, così da regolare i rapporti con le confessioni prive di intesa in base ai principi derivanti dalle intese già stipulate"³¹.

²⁴ V. J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia*, cit. 12.

²⁵ Da ultimo cfr. A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose*, cit., 5 e ss.

²⁶ E' il rilievo di V. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., 10 che, pur riconoscendo che ci si trova di fronte ad una sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita, segnala che "tale proposta incontra un ostacolo nella legittimazione ad essere parte di un conflitto, attribuita dalla l. 87 del 1953 agli organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono, essendo la confessione religiosa un soggetto esterno allo Stato-apparato ed essendovi un precedente in tal senso solo nei confronti del comitato promotore del referendum. Alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale, tale soluzione appare poi ancor più di difficile attuazione".

²⁷ V. in tal senso le considerazioni di A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iusdictio e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili*, cit., che pone il problema del possibile contrasto tra un'eventuale decisione del giudice europeo e la pronuncia difforme della Corte Costituzionale, con ampi riferimenti dottrinari sul tema. Anche J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia*, cit., evidenzia il problema citando la recente sentenza 26 aprile 2016 della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *İzzettin Doğan e al. c. Turchia* (p. 14 nota 30).

²⁸ Per un approfondimento sul tema v. L. De Gregorio, *La legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza, Piacenza, 2012, con Aggiornamento del 5 giugno 2014, all'indirizzo telematico http://www.olir.it/areetematiche/libri/documents/aggiornamento_de_gregorio_5_giugno_2014.pdf

²⁹ Così A. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale, cit., 8 che ritiene che la vicenda sottoposta alla decisione della Corte abbia messo in luce il vero problema costituito dalla: "permanente inattuazione del dettato costituzionale relativo all'eguale libertà di tutte le Confessioni, con la rimozione o l'elusione delle scelte inerenti ad una legge generale sulla libertà religiosa, individuale e collettiva"* (S. BERLINGÒ, *L'affaire dell'UAR: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*) in StatoeChiese.it; nello stesso senso v. anche I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in Federalismi.it, secondo la quale "in assenza di una legge organica sulla libertà religiosa continueranno ad avere un peso fondamentale i delicati apprezzamenti di opportunità politica che l'art. 95 della Costituzione italiana attribuisce alla responsabilità politica dell'Esecutivo".

³⁰ V. J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia*, cit., 16 ed ivi i rimandi in nota 35.

³¹ V. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., 11.

3. *L'edilizia di culto e la libertà di professione religiosa: il riparto delle competenze tra Stato e Regioni nella [sentenza n. 63 del 2016](#).*

Dopo aver richiamato dunque il principio di diritto secondo il quale il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose a seconda che le stesse abbiano o non stipulato le intese previste dal comma 3 dell'art. 8 Cost, principio che costituisce una costante della propria giurisprudenza in materia ³², la Consulta, nella [pronuncia n. 63](#), passa ad esaminare la questione relativa all'apertura di luoghi di culto affermando che essa, in quanto forma e condizione essenziale per il pubblico esercizio del culto stesso, è espressione della libertà religiosa garantita a tutti e a tutte le confessioni religiose dall'art. 19 Cost., con il solo limite dei riti contrari al buon costume. Pertanto l'esercizio della libertà di aprire luoghi di culto “non può essere condizionato a una previa regolazione

³² Oltre alla [sentenza n. 52 del 2016](#), già ampiamente commentata in precedenza, sono citate anche altre due pronunce della Corte: si tratta delle [sentenze n. 195 del 1993](#) e [n. 346 del 2002](#). In particolare, la [sentenza n. 195/1993](#) ha dichiarato incostituzionale per violazione degli artt. 8, 19, 2 e 3 Cost, l'art. 1 della legge n. 29 del 1988 della regione Abruzzo, relativa alla disciplina urbanistica dei servizi religiosi, nella parte in cui prevedeva l'erogazione di contributi solamente a favore delle confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato fossero regolati sulla base di intese, ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost. Già in questa pronuncia si delineano alcune delle tesi che saranno riprese nella [sentenza n. 63](#), quale ad esempio, quella secondo la quale il fatto che, se anche tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere di fronte alla legge e dunque la stipulazione dell'intesa non può costituire elemento di discriminazione per l'attribuzione di risorse finanziarie nell'ambito dell'applicazione della disciplina urbanistica relativa alla realizzazione di edifici di culto, pur tuttavia tale disciplina ben può determinare diversità di trattamento tra le confessioni religiose in ragione dell'entità della presenza dell'una o dell'altra confessione sul territorio. Ragionando in questi termini, cioè, la Corte ha ritenuto che la legge regionale sotto questo aspetto non integrasse alcuna discriminazione giacché “si limita a condizionare e proporzionare l'intervento all'esistenza e all'entità dei bisogni al cui soddisfacimento l'intervento stesso è finalizzato” così finendo “*per conferire un inevitabile rilievo all'elemento dimensionale delle comunità religiose*” (la frase in corsivo è di G. BRUNELLI *La laicità italiana*, cit., 10 alla quale si devono le considerazioni critiche sugli “elementi sintomatici” enucleati dalla Corte per risolvere il problema della definizione delle “confessioni religiose” in assenza di una normativa dalla quale ricavare indici precisi e posto che non possa valere la semplice “autoqualificazione”).

Analogamente, con la sentenza n. 346 del 2002 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Lombardia n. 20 del 1992 dettante “Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi” nella parte in cui tale articolo condizionava i benefici economici connessi alla realizzazione delle attrezzature previste alla previa stipulazione, da parte delle confessioni religiose richiedenti, delle intese di cui all'art. 8, comma 3 Cost.

La sentenza, nel solco della precedente [pronuncia n. 195/1993](#), ravvisa nella norma censurata la violazione del divieto di discriminazione sancito dagli artt. 3 e 8, primo comma Cost. in quanto, diversamente, “risulterebbe violata anche l'eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto, di cui l'eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare rappresenta la proiezione necessaria sul piano comunitario, e sulla quale esercita una evidente, ancorché indiretta influenza la possibilità delle diverse confessioni di accedere a benefici economici come quelli previsti dalla legge in esame”(par. 2 del Considerato in diritto.) ma precisa che la dichiarazione di incostituzionalità non riguarda comunque le disposizioni che limitano la concessione dei finanziamenti in favore delle sole confessioni che “abbiano una presenza organizzata nell'ambito dei comuni ove potranno essere realizzati gli interventi previsti” con ciò riconfermando quel discusso criterio “quantitativo” già presente nella precedente [sentenza n. 195/1993](#). Da notare che la normativa all'esame della Corte, poi dichiarata illegittima, è confluita nel Capo III della successiva legge urbanistica 11 marzo 2005, n. 12 “l. per il governo del territorio” e che le modifiche di tale legge operate con la l. reg. n. 2 del 2015 costituiscono il *thema decidendi* del giudizio di cui alla [sentenza n. 63/2016](#).

In sostanza, si può dire che il legislatore lombardo non ha imparato la lezione giacché le modificazioni apportate alla disciplina urbanistica nel 2015 ripresentano gli stessi profili di incostituzionalità censurati parecchi anni prima dalla Consulta: osserva ironicamente, perciò, CASUSCELLI *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto*, cit., 11, nota 26, che “La Giunta lombarda avrebbe potuto trarre utili informazioni anche dalla lettura della pubblicazione su *L'esercizio della libertà religiosa in Italia della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio del Segretario generale, Ufficio Studi e Rapporti istituzionali*, a cura di A. Nardini, J.T. Mucciconi, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, luglio 2013” che richiama i principi risultanti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di culto espressi nelle sopra citate [sentenze 195/1993](#) e [346/2002](#).

pattizia, ai sensi degli artt. 7 e 8, comma 3, Cost.: regolazione che può ritenersi necessaria solo se e in quanto a determinati atti di culto vogliano riconnettersi particolari effetti civili”³³.

Questo non significa che in materia di edilizia di culto a tutte le confessioni religiose, ciascuna delle quali è ugualmente idonea a rappresentare gli interessi religiosi dei propri appartenenti, l’ente pubblico competente debba garantire “un’eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: com’è naturale allorché si distribuiscono utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo *all’entità della presenza sul territorio dell’una o dell’altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione*”³⁴.

La normativa della Regione Lombardia, afferma la Corte, attiene alla materia del “governo del territorio” di competenza regionale concorrente ai sensi dell’art. 117, comma 3 Cost.

Ciò posto, il riparto delle competenze in materia deve tenere conto non solo dell’oggetto ma anche della ratio della normativa impugnata; sotto quest’aspetto, la competenza regionale in materia di regolazione di edilizia di culto che si giustifica “nell’esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitati e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende anche i servizi religiosi” non può spingersi sino a “introdurre disposizioni che ostacolano o compromettano la libertà di religione, ad esempio prevedendo condizioni differenziate per l’accesso al riparto dei luoghi di culto”.

Una “lettura unitaria dei principi costituzionali” porta la Corte a concludere nel senso che la Regione ha esorbitato dalle proprie competenze quando, dettando specifiche norme per la programmazione e realizzazione di luoghi di culto, ha imposto “requisiti differenziati, e più stringenti, per le sole confessioni per le quali non sia stata stipulata e approvata con legge un’intesa ai sensi dell’art. 8, comma 3, Cost.” e così facendo, è entrata “in un ambito nel quale sussistono *forti e qualificate esigenze di eguaglianza*”.

L’eccesso di competenza legislativa regionale è quindi il “cuore” della dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni impugnate³⁵(art. 70, commi 2 e 2-bis l. reg. n. 12/2005)censurate nella parte in cui, per poter accedere alla programmazione delle attrezzature religiose e al riparto di contributi a ciò destinati, si richiedevano alle confessioni religiose senza intesa i requisiti di una “presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell’ambito del comune nel quale vengono effettuati gli interventi” nonché la presenza di uno statuto che “esprima il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e valori della Costituzione”.

Allo stesso modo la scure della Corte è calata anche sulla previsione che demandava obbligatoriamente a una consulta regionale, da istituirsi e nominarsi con provvedimento della Giunta regionale, la valutazione circa la sussistenza dei citati requisiti (art. 70 comma 2-*quater* della citata l. reg. n. 12/2005).

Dunque diversamente da quanto avvenuto in precedenza ([sent. n. 195 del 1993](#) e [n. 346 del 2002](#))

³³ La Corte richiama in proposito la sentenza n. 59 del 1958 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per contrasto con l’art. 19 della Costituzione, dell’art. 1 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289 “*Norme per l’attuazione della legge 24 giugno 1929, n. 1159 sui culti ammessi nello Stato e per il coordinamento di essa con le altre leggi dello Stato*” che prescrivendo, in modo generale, l’autorizzazione governativa per l’apertura di templi e oratori includeva, tra gli altri, anche il caso relativo all’apertura del tempio “in quanto mezzo per una autonoma professione della fede religiosa, al di fuori dei rapporti con lo Stato”. In quell’occasione fu dichiarato costituzionalmente illegittimo anche l’art. 2 dello stesso Decreto perché sottoponeva l’esercizio della facoltà di tenere cerimonie religiose e compiere altri atti di culto negli edifici aperti al culto alla condizione che la riunione fosse presieduta o autorizzata da un ministro di culto la cui nomina doveva essere approvata dal Ministro competente.

³⁴ V. [par. 4.2 del Considerato in diritto](#).

³⁵ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed uguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 8

fondamento della [decisione n. 63](#) non è più o non è più soltanto il richiamo ai principi della libertà religiosa (art. 19 Cost), di cui l'esercizio del culto costituisce proiezione, e della pari uguaglianza di tutte le confessioni religiose (art. 8, primo comma Cost): ciò che interessa alla Corte è statuire che, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. c), spetta esclusivamente allo Stato il compito di disciplinare i rapporti con le confessioni religiose per finalità giuridicamente rilevanti (ad es. riconoscimento giuridico delle confessioni religiose, erogazione di benefici, criteri per la verifica dello status religioso delle comunità che a tali benefici intendano accedere ecc).

Giustamente in dottrina si è parlato di “logica competenziale” rilevando che “laddove parla di eguaglianza delle confessioni religiose in termini di ambito competenziale non valicabile dalle Regioni, la Corte non lo fa per approfondire la portata giuridico-costituzionale dell'eguaglianza applicata alla libertà collettiva e individuale di religione, bensì per rimettere allo Stato la potestà di dosarne la misura e il grado: il sistema delle intese, come inverteatosi in Italia dal 1984 in poi, in fondo su questo si basa”³⁶.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale ha inoltre investito i comma 4 e 7, lett. e) dell'art. 72 della normativa lombarda che, nel testo risultante dalle modifiche apportate con l. reg. n. 2 del 2015, prevedevano, rispettivamente, che nel corso del procedimento per la predisposizione del Piano per le attrezzature religiose, venissero acquisiti “i pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell'ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l'autonomia degli organi statali” e che nel predetto Piano dovesse essere obbligatoriamente installato, per ciascun nuovo edificio di culto, “un impianto di videosorveglianza esterno all'edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell'ordine”.

Ebbene, a giudizio della Corte, entrambe le previsioni violano palesemente la competenza esclusiva statale in materia di “ordine pubblico e sicurezza” di cui all'art. 117, comma 2 lett. h) e 118, comma 3 Cost., quest'ultimo articolo con riferimento alle possibili forme di coordinamento in materia con le Regioni.

Il principio che soccorre per quest'aspetto è quello secondo il quale ciascun diritto fondamentale, compreso il diritto alla libertà religiosa, non è assoluto, ma trova comunque un limite nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente protetti; tale bilanciamento è necessario “ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi “tiranno”. Per modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità – occorre tenere in adeguata considerazione gli interessi costituzionali relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza³⁷ e non vi è dubbio che la salvaguardia di tali interessi spetta in via esclusiva allo Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2 lett. h) mentre “le Regioni possono cooperare a tal fine solo mediante misure ricomprese nelle proprie attribuzioni”.

La Corte, quindi, in ultima analisi “bacchetta” la Regione Lombardia per avere introdotto disposizioni che, considerate nella loro ratio e nel loro contenuto essenziale, “perseguono evidenti finalità di ordine pubblico e sicurezza” eccedendo i limiti della propria competenza ma, così facendo, non esclude a priori che il legislatore statale, nell'ambito del necessario bilanciamento tra interessi primari confliggenti, in ragione della sua competenza esclusiva in materia, possa adottare misure incidenti sulla libertà religiosa allo scopo di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza che si ritengano prevalenti sulla prima.

³⁶ Così A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed uguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., 10; in questo senso v. anche G. MONACO, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 63/2016)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), che sottolinea che “se una legge regionale non può comportare una limitazione della libertà di culto per determinate confessioni, non è detto, però, che differenziazioni tra confessioni come quelle previste dalla legge lombarda possano essere introdotte nell'ordinamento da leggi statali”.

³⁷ [Par. 8 del Considerato in diritto](#).

Emerge dunque in questo passaggio della sentenza il tema dei limiti alla libertà religiosa e in questo senso sembra che la Corte abbia risentito, come nella precedente [sentenza n. 52](#), del clima d'insicurezza che l'Occidente vive dopo i sanguinosi attacchi terroristici attribuiti all'isis³⁸ “cedendo alla ventata di paura per l'islamico”.³⁹

Vi è indubbiamente un *fil rouge* che collega entrambe le sentenze: nella [decisione n. 52](#) la Corte aveva ritenuto che “*la serie di motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa*” potesse consentire al Governo di non intavolare alcuna trattativa con l'associazione che richiedesse di addivenire alla stipula dell'intesa ex art. 8, comma 3 Cost.; con la successiva [sentenza n. 63](#) si pone l'accento sulla circostanza che, nel modulare la tutela della libertà religiosa, “*ambito nel quale sussistono forti e qualificate esigenze di eguaglianza*” occorre avere riguardo agli interessi relativi “*alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza*” e che occorre altresì operare un corretto bilanciamento di tutti gli interessi in gioco nel “rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità” che impone di non sacrificare i diritti di libertà religiosa oltre quanto necessario a garantire la tutela di quegli interessi.

Alla luce dei pronunciamenti della Corte, quindi, la tutela della libertà religiosa e in particolare delle confessioni religiose di minoranza “passa attraverso un'attuazione rigorosa del principio di uguaglianza, e quindi attraverso l'esclusione di privilegi o comunque di norme di favore che non

³⁸ Cfr. G. TUCCI, *La Corte Costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, in *Giur. It.*, 2016, 5,1070 che richiama l'attenzione sul fatto che “Per una singolare coincidenza, la sentenza in esame (e cioè la [sent. 63 del 2016](#) N. d.R.), è stata redatta e pubblicata negli stessi giorni in cui Bruxelles, la capitale dell'Europa, veniva messa in ginocchio, come prima era avvenuto per Parigi, da un terrorismo di nuovo tipo, rivendicato da un'organizzazione, l'Isis, che si richiama strumentalmente alla tradizione islamica” e che di fronte agli attacchi terroristici che mirano a distruggere ogni possibile integrazione culturale all'interno dell'Europa “Manca una classe dirigente, non solo italiana ed europea, ma, in senso più ampio, occidentale, degna di questo nome, Stati Uniti compresi, capace di comprendere che cosa sta succedendo sullo scenario di un mondo ormai globale e di informare su ciò correttamente l'opinione pubblica senza sollevarne i peggiori istinti, vaneggiando di muri e di barriere di filo spinato, che esasperano i problemi senza risolverli”.

³⁹ Se lo chiede dubitativamente A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed uguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., 4; sul punto v. anche M. CROCE, *L'edilizia di culto dopo la sentenza n. 63/2016: esigenze di libertà, ragionevoli limitazioni e riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), che segnala come “la Corte sembra muovere da preoccupazioni “da Ministero dell'Interno”, cercando di non emanare decisioni che possano compromettere eccessivamente le possibilità di azione dei pubblici poteri in questa delicata fase che stiamo vivendo” e che la “tenuta del sistema di tutela costituzionale della libertà religiosasembra di nuovo inclinare verso una visione da “culti ammessi” (e pure “preferiti”) che sembravamo esserci lasciati alle spalle”. La pronuncia è criticata anche sotto altri aspetti, ad esempio quando fa riferimento al criterio della ripartizione dei contributi o del suolo tra le confessioni religiose, criterio che, trattandosi di risorse finite, può legittimamente dipendere dalla consistenza “quantitativa”: secondo il citato autore, “non si dovrebbe mai dimenticare che l'art. 3, comma 2, Cost., esige comunque che gli individui e le minoranze svantaggiate possano vedersi tributati trattamenti di favore per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, e la condizione delle minoranze religiose in relazione all'edilizia di culto sembra proprio concretare una di quelle situazioni di svantaggio da rimuovere (e che invece la legislazione correttamente dichiarata incostituzionale tendeva ad accentuare)”. Diversamente A. LICASTRO *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, cit., 20 che non vede in questi passaggi della motivazione “alcun elemento che possa preludere a una riconsiderazione in senso autoritario o illiberale degli atteggiamenti del nostro Stato verso l'esperienza religiosa “non tradizionale”, anche se “non può forse negarsi la possibilità di cogliervi il tentativo ... di “riposizionare”, magari entro ambiti di complessiva e ragionevole sostenibilità, le forme più radicali d'interpretazione e d'attuazione della laicità”. Più oltre a p. 33 con riferimento alla [sentenza n. 52](#) e alle oscillazioni in tema di “laicità” si afferma che “può aversi in definitiva l'impressione che i giudici costituzionali intendano farsi interpreti dell'esigenza, da più parti avvertita, di “dotare” il sistema di garanzie o di contromisure atte a “governare” le forme di manifestazione della religiosità ritenute (a torto o a ragione) capaci di minare la stessa pacifica convivenza ovvero giudicate (più o meno) “eccentriche” rispetto a quelle storicamente radicate nel Paese, incaricandosi così di individuare (e presidiare) “ragionevoli” modalità di attuazione delle norme costituzionali relative al fenomeno religioso e in particolare di quelle più “avanzate” sul fronte della tutela delle libertà e dell'autonomia dei gruppi – ma, proprio per questo, maggiormente esposte ai pericoli di usi disinvolti e strumentali – sia pure al prezzo inevitabile di scalfire alcuni risvolti delle interpretazioni più rigide del “principio supremo” di “laicità” dello Stato”.

trovino ragionevole giustificazione in qualche peculiarità della singola confessione.”⁴⁰

4. *Le questioni dichiarate non fondate o inammissibili.*

La sentenza contiene poi due decisioni interpretative di rigetto, la prima riguardante l’obbligo (art. 70, comma 2-ter), per i soli enti delle confessioni religiose diverse dalla Chiesa cattolica, di stipulare una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato con possibilità di risoluzione o revoca in caso di attività non previste nella convenzione e la seconda riferita alla previsione (art. 72, comma 7, lett. g) della “congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR” richiesta dal Piano delle attrezzature religiose.

La disposizione prevedente l’obbligo di stipulare una convenzione urbanistica con il comune era stata impugnata dal Governo, non sotto il profilo del diverso trattamento riservato alle confessioni religiose diverse dalla cattolica in tema di nuovi edifici di culto, bensì per la genericità della formulazione che consentiva al comune, secondo valutazioni eccessivamente discrezionali, di procedere alla revoca o alla risoluzione della convenzione stessa interferendo con ciò con la libertà di svolgere anche attività diverse da quelle strettamente attinenti al culto (ad esempio attività culturali o sportive).

Nell’esaminare la questione sottoposta, la Corte afferma che la convenzione in parola “deve essere ispirata alla finalità, tipicamente urbanistica, di assicurare lo sviluppo equilibrato e armonico dei centri abitati”⁴¹ e sostiene che il Comune potrà anche stabilire, a fronte di comportamenti “abnormi” da parte degli enti che l’hanno sottoscritta, la possibilità di risoluzione o di revoca della convenzione stessa ma, nel fare ricorso a tali rimedi “estremi,” esso dovrà considerare se la strumentazione urbanistica non appresti altre soluzioni che, ugualmente idonee a salvaguardare gli interessi pubblici coinvolti siano “meno pregiudizievoli per la libertà di culto”; di conseguenza “il difetto di ponderazione, da parte del Comune, di tutti gli interessi coinvolti potrà essere sindacato nelle sedi competenti, con lo scrupolo richiesto dal rango costituzionale degli interessi attinenti alla libertà religiosa”.

Così interpretata la norma in oggetto “si presta a soddisfare il principio e il test di proporzionalità, che impongono di valutare se la norma oggetto di scrutinio, potenzialmente limitativa di un diritto fondamentale, qual è la libertà di culto, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, imponga il minor sacrificio possibile per assicurare il perseguimento degli interessi ad essi contrapposti”.

Con analoga operazione interpretativa, la Corte ha poi salvato la norma della legge regionale che prevedeva la “congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR”.

⁴⁰ Così G. MONACO, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio*, cit., 8. L’autore vede nella [sentenza n. 63](#) l’occasione per “limitare alcune possibili conseguenze della [pronuncia n. 52 del 2016](#)” nel senso che con [la sentenza n. 63](#) la Corte “pone dei paletti alle differenziazioni tra confessioni religiose che possono essere introdotte dal legislatore” e ciò si pone in continuità con l’affermazione, contenuta nella precedente [sentenza n. 52](#), secondo la quale la decisione del Governo di negare l’avvio delle trattative, nel caso in cui detta decisione sia motivata dal mancato riconoscimento della qualifica di “confessione religiosa” in capo all’associazione richiedente, non è pregiudizievole per tale associazione al di fuori del procedimento di stipulazione dell’intesa.

⁴¹ [Par. 6 del Considerato in diritto](#). Ma si chiede polemicamente A. GUZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed uguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., 2 “non è questa un’esigenza che dovrebbe riguardare anche la pianificazione dei futuri luoghi di culto cattolici?” ed osserva che la conclusione della Corte evita di rispondere al quesito che le era stato sottoposto circa la possibilità per le confessioni diverse dalla cattolica di potere, analogamente a quanto avviene appunto per la Chiesa cattolica, svolgere nei luoghi di culto e/o nelle relative pertinenze “anche attività diverse, sebbene connesse, a quelle di culto”.

L'impugnativa del Governo in questo caso si fondava sulla considerazione che la disposizione, richiamandosi a non meglio identificate caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, si prestava a essere applicata in maniera discriminatoria nei confronti di alcune confessioni religiose "tenuto conto delle specificità stilistiche e architettoniche che possono contraddistinguere i luoghi di culto, per ragioni legate alla storia nazionale e a quella delle singole confessioni" (si pensi ai minareti e alle cupole delle moschee.)⁴²

Ad avviso dei giudici costituzionali la disposizione censurata deve essere letta nel suo insieme: essa non richiede, genericamente, che gli edifici di culto si conformino a non meglio identificate caratteristiche del paesaggio lombardo ma specifica, al contrario, che le caratteristiche cui devono conformarsi anche gli edifici di culto sono quelle individuate nel piano territoriale regionale (PTR).

La disposizione de qua, nella sua lettura integrale comprensiva del rinvio al piano territoriale regionale impone, cioè, che "nel valutare la conformità paesaggistica degli edifici di culto, si debba avere riguardo non a considerazioni estetiche soggettive, occasionali o estemporanee, come tali suscettibili di applicazioni arbitrarie e discriminatorie, bensì alle indicazioni predeterminate dalle pertinenti previsioni del piano". La disposizione costituisce quindi una "specificazione" di quanto previsto in generale dalla legge lombarda n. 12 del 2005 per il Piano territoriale regionale (artt. 19 e 20) e un "eventuale cattivo uso della discrezionalità programmatoria, atto a penalizzare surrettiziamente l'insediamento delle attrezzature religiose, potrà essere censurato nelle sedi competenti".⁴³

Quanto agli altri punti del ricorso del Governo, la sentenza ha ritenuto inammissibile la questione riguardante il contrasto della normativa regionale con i principi sovranazionali, europei e internazionali, poiché non era chiaro in cosa consistesse e in quali termini si ravvisava l'asserita incompatibilità; mancava inoltre qualsiasi argomentazione in merito all'applicabilità delle norme dell'Unione Europea alla legge regionale in esame e dunque, anche sotto tale profilo, è stata confermata l'inammissibilità del ricorso, considerato che le norme del diritto U.E. possono essere invocate quali parametri di costituzionalità solo quando si tratta di fattispecie nazionali che ricadono in tale ambito.

Inoltre ugualmente inammissibile è stata ritenuta la questione della legittimità della norma (art. 72, comma 4, secondo periodo della l. reg. n. 12/2005) che prevede la facoltà per i comuni, nel corso del procedimento di approvazione del Piano per le attrezzature religiose, di indire referendum "nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale": secondo il Governo tale possibilità avrebbe potuto consentire ai comuni di subordinare la destinazione di determinate aree per le attrezzature religiose a "decisioni espressione di maggioranze politiche, culturali o altro" in contrasto con l'art. 19 Cost.

Secondo la Corte, invece, la norma impugnata ha carattere "meramente ricognitivo" della rilevante normativa locale e nazionale non potendo essa modificare in alcun modo il procedimento di approvazione del piano delle attrezzature religiose, né incidere sulla disciplina dei referendum comunali; per tale natura, essa è "priva di autonoma forza precettiva, sicché deve ritenersi insussistente l'interesse della parte ricorrente a impugnarla."⁴⁴

Da ultimo, manifestamente inammissibile è stata ritenuta la questione riferita all'art. 72, comma 5 della legge regionale n. 12 del 2005 che prevede l'approvazione da parte del Comune del piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge censurata o, in mancanza, unitamente al nuovo PGT.

⁴² V. G. TUCCI, *La Corte Costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, cit., che qualifica le disposizioni impuginate e il complesso dell'intera legge regionale come il *prodotto dell'ossessione antimusulmana* del legislatore lombardo e sostiene che "Tra le ossessioni antimusulmane del nostro legislatore regionale, quella contro i minareti e le cupole delle moschee raggiunge le vette più alte e più insulse".

⁴³ [Par. 10 del Considerato in diritto.](#)

⁴⁴ [Par. 9 del Considerato in diritto.](#)

Nel ricorso si sosteneva che detto articolo violasse l'art. 117, comma 2, lett. 1), Cost.: *la facoltà* del Comune di prevedere nuove attrezzature religiose mediante l'approvazione dell'apposito piano contrasterebbe con quanto disposto dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765) che, in materia di standard urbanistici, all'art. 3 prescrive la dotazione minima di spazi da destinare alle attrezzature di interesse comune, quindi anche "religiose" oltre che "culturali, sociali, assistenziali, sanitarie, amministrative, per pubblici servizi" ecc.

Ad avviso dei giudici costituzionali il ricorso su questo punto "non è sufficientemente e adeguatamente motivato", non comprendendosi il legame che intercorre tra la norma che si assume violata dal legislatore regionale (l'art. 3 del d.m. n. 1444 del 1968) e il contenuto dell'art. 117, comma 2, lett. 1), Cost., sicché "per come è evocato, il parametro risulta del tutto inconferente".⁴⁵

Anche in questo caso non manca un rinvio alla possibilità che il cattivo o mancato esercizio del potere da parte delle autorità urbanistiche possa essere censurato nelle sedi competenti ricorrendo, cioè, al giudice amministrativo.

5. *Brevi considerazioni conclusive.*

La sentenza in commento contiene luci e ombre: è certamente meritorio, infatti, che la Corte, confermando la propria precedente giurisprudenza in materia, abbia perentoriamente rintuzzato quei tentativi di introdurre nell'ordinamento trattamenti discriminatori tra confessioni religiose utilizzando il sistema delle intese; altrettanto degno di nota è l'aver sancito inequivocabilmente come, nell'ambito della materia urbanistica, la normativa di competenza regionale non possa dettare disposizioni volte a differenziare l'accesso al riparto dei luoghi di culto la disponibilità dei quali è condizione essenziale per l'esercizio della libertà di culto, pena la violazione dei principi costituzionali in materia di libertà religiosa e, in primis il supremo principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.⁴⁶

Il quadro delineato, però, non è del tutto rassicurante se si pensa alla "timidezza" con la quale la Corte ha affrontato alcuni dei temi sollevati dal ricorso, tant'è che il risultato finale è che l'impianto complessivo della legge regionale lombarda non ne risulta alterato.⁴⁷

Resta in piedi, infatti, la previsione di uno strumento urbanistico ulteriore (Piano per le attrezzature religiose) all'interno del Piano dei servizi, in assenza del quale non sono possibili nuove attrezzature religiose, Piano la cui approvazione, di fatto, è rimessa alla mera volontà dei comuni. La sentenza non ha scalfito neppure la disposizione (art. 72, comma 7, lettere da a) a g)⁴⁸) che impone una serie infinita di dotazioni di supporto del Piano stesso con oneri di realizzazione che, in caso di mancanza o inadeguatezza delle stesse, gravano sui richiedenti: la previsione è relativa alle "strade di collegamento adeguatamente dimensionate", alle "adeguate opere di urbanizzazione primaria", alle "distanze adeguate tra le aree e gli edifici da destinare alle diverse confessioni religiose" da definirsi con deliberazione della Giunta regionale, ai parcheggi pubblici, ad "adeguati servizi igienici",

⁴⁵ [Par. 11 del Considerato in diritto.](#)

⁴⁶ Di "opera di prezioso chiarimento" parla G. TUCCI, *La Corte Costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, cit..

⁴⁷ Per il commento "trionfale" del Presidente della Giunta regionale lombarda all'indomani della sentenza della Corte vedi all'indirizzo telematico <http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/03/30/legge-anti-moschee-maroni-dopo-la-consulta-solo-qualche-modifica/501229/>.

⁴⁸ Solo la previsione di cui alla lett. e) relativa alla realizzazione dell'impianto di videosorveglianza esterno è stata dichiarata illegittima dalla corte con la [sentenza n. 63](#).

all'accessibilità alle strutture "anche da parte di disabili" sino all'*ineffabile* requisito della "congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto" da valutarsi in relazione alle "caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR."⁴⁹

Tutti i citati aggravamenti procedurali che si applicano agli edifici di culto e, segnatamente, ai *nuovi* edifici di culto non interessando quelli già esistenti, prevalentemente di religione cattolica, assumono caratteristiche discriminatorie: come si è acutamente osservato, si tratta di "discriminazioni *indirette* ma *palesi* perché, appunto apparentemente applicabili a tutte le confessioni religiose ma, in pratica, dirette a gravare molto più sulle sole confessioni di recente insediamento e, sopra tutte, quella islamica, che tra le confessioni minoritarie annovera il maggior numero di fedeli, sia pure in prevalenza stranieri"⁵⁰.

Anche la previsione che subordina la realizzazione di nuove attrezzature religiose da parte delle confessioni diverse da quella cattolica all'obbligatoria stipulazione di una convenzione con il Comune interessato, rappresenta un potente strumento di controllo posto a disposizione del pubblico potere che può arrivare a condizionare le stesse modalità di svolgimento del culto.⁵¹

Su questo punto la Corte, investita della questione sotto il profilo dell'eccessiva discrezionalità lasciata all'amministrazione di determinare i presupposti per la risoluzione o revoca della convenzione in caso di accertamento di "attività non previste nella convenzione", con la tecnica della sentenza interpretativa di rigetto ha "salvato" la disposizione impugnata demandando al giudice amministrativo il compito di valutare il buon uso della citata discrezionalità "con lo scrupolo richiesto dal rango costituzionale degli interessi attinenti alla libertà religiosa".

Nessuna parola è spesa, invece, sulla legittimità del possibile divieto di esercitare anche attività di natura non strettamente religiosa diversamente da quanto avviene nella normalità dei casi per la confessione cattolica: il silenzio della pronuncia su questo punto vale come conferma dell'interpretazione per cui la norma della legge regionale, imponendo un controllo *ex ante* delle attività che si svolgono nei luoghi culto, presuppone implicitamente che tali attività possano essere collegate a fenomeni di matrice terroristica.

Desti poi perplessità la motivazione a sostegno della dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità sollevata in relazione alla disposizione che prevede la facoltà dei Comuni di indire referendum durante il corso del procedimento di approvazione del Piano per le attrezzature religiose.

La disposizione è stata ritenuta di natura "ricognitiva" della rilevante normativa locale e nazionale e quindi non incidente nel citato procedimento di approvazione del Piano; tuttavia l'affermazione, pure se corrispondente al vero in linea generale, poiché gli statuti regionali e comunali possono prevedere referendum popolari sugli atti amministrativi di propria competenza, non assume più la stessa valenza quando, come nel caso di specie, si tratti di utilizzare lo strumento referendario per rispondere alle legittime aspettative di una minoranza religiosa presente sul territorio.

⁴⁹ Questo requisito, come si è detto al precedente paragrafo, è stato ritenuto legittimo in virtù del richiamo alle caratteristiche di cui al Piano territoriale regionale.

⁵⁰ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed uguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., 3; per una disamina approfondita e critica della normativa regionale, v. A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, per la quale "può riconoscersi che le modifiche legislative vanno nel senso di un deciso ampliamento del margine di discrezionalità riconosciuto alla pubblica amministrazione (Comuni e Regioni) cui sono demandati compiti di valutazione, verifica, controllo delle attività, *latu sensu*, riconducibili all'esercizio di un culto." : per G. TUCCI, *La Corte Costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, cit.

"Nel tritacarne della legge di riforma lombarda del febbraio 2015, avente ad oggetto la pianificazione delle attrezzature per i servizi religiosi, sono necessariamente rientrate, per il carattere generale ed astratto di ogni norma di legge, anche, per fare qualche esempio concreto, i futuri e probabili templi buddisti oppure le Case del Regno dei Testimoni di Geova, che con l'Islam non hanno niente da spartire".

⁵¹ In tal senso v. A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., 13.

Il rischio, paventato dal ricorso governativo, di far dipendere la destinazione di determinate aree a luoghi di culto dalla decisione di maggioranze politiche, culturali o di diverso genere, è tutt'altro che remoto.

La criticità della norma in esame, in una materia così delicata che attiene alla tutela dei diritti di libertà religiosa e di culto, costituzionalmente protetti, è tanto più evidente ove si pensi che “molte delle persone interessate dalla realizzazione degli edifici di culto di cui si discute, non potrebbero forse neppure partecipare al referendum indetto o perché non residenti nel Comune interessato o perché non cittadini”.⁵²

In conclusione, dunque, la “timidezza” cui si accennava all'inizio, non consente alla Corte di cogliere l'occasione offertale: non solo, infatti, non sono stati censurati tutti quegli aspetti discriminatori nei confronti delle confessioni religiose di minoranza che ancora caratterizzano la normativa regionale in esame, ma neppure si definiscono i principi fondamentali della materia “governo del territorio” con riferimento alla pianificazione e realizzazione degli edifici di culto nel rispetto del principio di cui all'art. 19 Cost.⁵³

Un autorevole intervento in questa direzione, alla luce dei tempi difficili che stiamo vivendo, sarebbe invece stato auspicabile.

7. Le leggi “fotocopia” della legge regionale lombarda: la legge della Regione Veneto e quella della Regione Liguria sulle attrezzature religiose.

Per completezza di informazione, è utile, infine, accennare alle leggi recentemente approvate dalla Regione Veneto e dalla Regione Liguria, che fanno capo a governi di un preciso colore politico, anch'esse ribattezzate nelle cronache giornalistiche, sulla scia della legge lombarda che ha dato origine alla [sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2016](#), come leggi “anti-moschee”.

Si tratta della legge della Regione Veneto 12 aprile 2016, n. 12 e della legge della Regione Liguria 4 ottobre 2016, n. 23.

A) L'art. 2 della legge 12 aprile 2016, n. 12 della Regione Veneto ha introdotto nel Titolo III - Aree per servizi e vincoli – della l. reg. 23 aprile 2004, n. 11 “Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio” gli artt. 31-*bis* e 31-*ter* dedicati, rispettivamente, agli “Edifici e attrezzature di interesse comune per servizi religiosi” e alla “Realizzazione e pianificazione delle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi”.

Il primo dei citati articoli demanda alla regione e ai comuni veneti, ciascuno per le proprie competenze, il compito di individuare “ i criteri e le modalità per la realizzazione di attrezzature di interesse comune per servizi religiosi da effettuarsi da parte degli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica, delle confessioni religiose, i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'articolo 8, comma 3, della Costituzione, e delle altre confessioni religiose”.⁵⁴

Il secondo comma della disposizione contiene l'elenco degli immobili che costituiscono “*attrezzature di interesse comune per servizi religiosi*” (art. 31-*bis*, comma 2, lettere da a) a d) e annovera in tale elenco gli immobili connessi direttamente o indirettamente al culto, tra i quali quelli “*destinati a sedi di associazioni, società o comunità di persone, in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all'esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali (lett. d)*”⁵⁵.

⁵² L'osservazione è di A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto*, cit., 11.

⁵³ Cfr. sul punto A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed uguaglianza tra Confessioni religiose*, cit., 6.

⁵⁴ Come si vede, la norma ha preso atto di quanto stabilito sul punto dalla [sentenza della Corte n. 63/2016](#), parificando le confessioni religiose che hanno stipulato l'intesa con lo Stato ex art. 8, comma 3 Cost. alle altre confessioni religiose.

⁵⁵ L'elenco delle attrezzature religiose oggetto della normativa in esame è del tutto identico a quello contenuto nell'art. 71, comma 1, della legge urbanistica della Regione Lombardia n. 12 del 2005.

Per le aree e gli immobili da destinarsi alla realizzazione delle strutture per servizi religiosi, l'art. 31-ter dispone che *“per assicurare una adeguata qualità urbana”* lo strumento urbanistico comunale debba garantire la presenza di strade di collegamento *“adeguatamente dimensionate”*, opere di urbanizzazione primaria, distanze *“adeguate”* tra le aree o gli edifici destinati alle diverse confessioni religiose, parcheggi pubblici, adeguati servizi igienici e l'accessibilità alle strutture da parte di disabili e, infine, *“la conformità e la congruità con le previsioni degli strumenti territoriali sovraordinati ed in particolare con riferimento al loro inserimento nel contesto urbano e paesaggistico”*.

Ma vi è di più: la presenza delle dotazioni sopra indicate deve essere garantita anche *“per le aree scoperte destinate o utilizzate per il culto, ancorché saltuario”*; inoltre per l'esecuzione di nuovi edifici di culto e per l'attuazione degli impegni finalizzati alla realizzazione delle infrastrutture a corredo delle nuove realizzazioni, i cui oneri, in caso di mancanza o inadeguatezza, sono a carico del soggetto richiedente, quest'ultimo deve sottoscrivere una convenzione con il Comune corredandola di *“un impegno fideiussorio adeguato a copertura degli impegni assunti”* nella convenzione, infine, *“può altresì, essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto”*⁵⁶.

Sino all'adeguamento dello strumento urbanistico, poi, le attrezzature di cui trattasi possono essere localizzate solo all'interno del PAT (Piano di assetto del territorio che comprende le aree destinate a servizi di interesse generale tra le quali, appunto, la nuova legge n. 12 del 2016 ricomprende quelle destinate alle attrezzature religiose) ovvero, nei comuni non dotati di PAT, nelle zone territoriali omogenee F di cui al d.m. 1444 del 2 aprile 1968 e cioè in quelle parti del territorio destinate ad attrezzature ed impianti di interesse generale che, normalmente, si situano nelle periferie cittadine⁵⁷.

Il comma 6 dell'art. 31-ter fa salva, infine, la facoltà per i comuni di indire referendum nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale, previsione, questa, già ampiamente commentata con riguardo all'analoga previsione di cui alla legge regionale lombarda n. 12 del 2005 come modificata dalla legge n. 2 del 2015.

A chiusura del nuovo assetto normativo introdotto dalla legge regionale n. 12 del 2016, la norma transitoria (art. 3) della citata legge prescrive che le disposizioni introdotte dall'art. 31-ter *“non si applicano alle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi esistenti alla data di entrata in vigore della presente legge ”* alle quali è consentito di ampliarsi sino al limite del 30 per cento del volume o della superficie esistente, sempre che si tratti delle attrezzature rientranti nella tipologia di quelle indicate dall'art 31-bis, comma 2, lettere a), b) e c), e cioè:

a) gli immobili destinati al culto anche se articolati in più edifici, compresa l'area destinata a sagrato;

Si riporta, per comodità di lettura, il testo del secondo comma dell'art. 31-bis:

“2. Le attrezzature di interesse comune per servizi religiosi riguardano:

a) gli immobili destinati al culto anche se articolati in più edifici, compresa l'area destinata a sagrato;

b) gli immobili destinati all'abitazione dei ministri del culto, del personale di servizio, nonché quelli destinati ad attività di formazione religiosa;

c) gli immobili adibiti, nell'esercizio del ministero pastorale, ad attività educative, culturali, sociali, ricreative e di ristoro, compresi gli immobili e le attrezzature fisse destinate alle attività di oratorio e similari che non abbiano fini di lucro;

d) gli immobili destinati a sedi di associazioni, società o comunità di persone, in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all'esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali”.

⁵⁶ Vedi in proposito l'articolo di Repubblica del 6 aprile 2016 *“Veneto, nelle moschee si dovrà parlare italiano”*, in www.repubblica.it/cronaca/2016/04/06/news/veneto_nelle_moschee_si_dovra_parlare_italiano-137022381/?ref=search.

⁵⁷ Sul rapporto tra attrezzature religiose e pianificazione urbanistica cfr. I. BOLGIANI, *Attrezzature religiose e pianificazione urbanistica: luci ed ombre*, in StatoeChiese.it.

b) gli immobili destinati all'abitazione dei ministri del culto, del personale di servizio, nonché quelli destinati ad attività di formazione religiosa;

c) gli immobili adibiti, nell'esercizio del ministero pastorale, ad attività educative, culturali, sociali, ricreative e di ristoro, compresi gli immobili e le attrezzature fisse destinate alle attività di oratorio e similari che non abbiano fini di lucro.

In conclusione, i vincoli di ordine pianificatorio dettati dall'art. 31-ter così come la possibilità di ampliamento delle strutture esistenti valgono per i soli immobili destinati "a sedi di associazioni, società o comunità di persone, in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all'esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali" e cioè proprio gli immobili che oggi sono adibiti "surrettiziamente" a luoghi di culto da parte delle minoranze religiose islamiche (si pensi alle attuali localizzazioni delle moschee).

Come avvenuto per la legge della Regione Lombardia n. 2 del 2015, anche in questo caso il Governo ha impugnato di fronte alla Corte Costituzionale la legge della Regione Veneto n. 12 del 2016 ritenendo la nuova normativa, in contrasto, sotto diversi aspetti, con gli artt. 2, 3, 8, 19 e 117, comma 2, lett. c) e h), Cost.⁵⁸.

Il giudizio sul ricorso è tuttora pendente, ma dati i precedenti, non vi sono motivi per dubitare che la Corte confermi il giudizio d'incostituzionalità della normativa impugnata secondo l'orientamento emerso nella [pronuncia n. 63 del 2016](#).

B) Per quanto attiene la legge recentemente approvata dalla Regione Liguria (l. 4 ottobre 2016, n. 23), essa consta di n. 3 articoli e ha per oggetto "Modifiche alla legge regionale 24 gennaio 1985, n. 4 (Disciplina urbanistica dei servizi religiosi)".

L'art. 1 della legge inserisce all'art. 2 della legge n. 4 del 1985 la lett. c-bis) in modo da estendere agli immobili, "ospitanti centri culturali di matrice religiosa", le disposizioni urbanistiche dettate in materia dalla citata legge n. 4 del 1985; il successivo art. 2 sostituisce il comma 4 dell'art. 3 della l. reg. n. 4 del 1985 e aggiunge allo stesso articolo i commi 4-bis e 4-ter.

Il risultato finale dell'operazione di "maquillage" così realizzata è l'introduzione di un rigido regime vincolistico diretto a restringere la possibilità di eseguire nuovi luoghi di culto sulla scia degli interventi legislativi attuati dalle Regioni "consorelle" Lombardia e Veneto.

In particolare, si prevede che:

1. la localizzazione di nuove attrezzature di tipo religioso è subordinata ai "pareri, non vincolanti, di organizzazioni e comitati di cittadini presenti nelle zone suscettibili di un simile impianto e nelle aree ad esse limitrofe";

⁵⁸ Con il ricorso (n. 32/2016) depositato il 21 giugno 2016 e pubblicato in *G.U.*, 1^a Serie Speciale, n. 31/2016, il Pres. Cons. Min. ha chiesto alla Corte di dichiarare costituzionalmente illegittimo l'articolo 2 della legge regionale n. 12 del 2016 introduttivo degli articoli 31-bis e 31-ter, perché in contrasto con gli artt. 2, 3, 8, 19 e 117, comma 2, lett. c) e h) della Costituzione essenzialmente con riferimento al principio secondo cui il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose e a quello del libero esercizio del culto. In particolare, il ricorrente considera illegittime le disposizioni regionali: 1) nella parte in cui è riconosciuta alla Regione e ai comuni la potestà amministrativa di individuare i criteri e le modalità per la realizzazione di attrezzature di interesse comune per i servizi, religiosi (art 31-bis, comma 1), in quanto richiamando con formula generica e ambigua «i criteri e le modalità» da individuare per la realizzazione delle attrezzature di interesse comune per i servizi religiosi si presta ad applicazioni ampiamente discrezionali e potenzialmente discriminatorie nei confronti di alcuni enti religiosi; 2) nella parte in cui consente di inserire, nel contesto pattizio della convenzione, l'impegno ad utilizzare la lingua italiana (art 31-ter, comma 3) in quanto la norma così formulata appare travalicare gli ambiti rimessi alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. c), della Costituzione; 3) nella parte in cui persegue una finalità di controllo delle modalità con le quali in concreto è esercitata l'attività sociale e culturale svolta nelle attrezzature di interesse comune per i servizi religiosi, per ragioni di sicurezza e ordine pubblico, in quanto invade la potestà legislativa esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. h).

2. “*Resta ferma la facoltà per i Comuni di indire referendum, nel rispetto delle previsioni statutarie e dell’ordinamento statale, per conoscere l’orientamento della popolazione interessata*”;

3. occorre garantire, con oneri a carico del soggetto attuatore, la presenza di requisiti e dotazioni infrastrutturali per le aree interessate (opere di urbanizzazione, distanze minime da rispettare tra le aree e gli edifici da destinare alle diverse confessioni religiose, “*definite con deliberazione annuale della Giunta regionale*”, strade di collegamento adeguatamente dimensionate, adeguati servizi igienici, nonché l’accessibilità dei detti servizi e dell’intera struttura da parte di soggetti portatori di handicap, congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti *con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio ligure, così come individuate dagli atti di pianificazione territoriale regionale.*

4. il richiedente l’intervento deve stipulare una convenzione urbanistica con il Comune interessato “*nella quale venga prevista espressamente la possibilità di risoluzione o di revoca in caso di accertamento da parte del Comune di mancanze o di attività non previste nella convenzione*”.

Come si vede, in entrambe le leggi regionali esaminate, appare palese lo scopo di utilizzare la normativa urbanistica come grimaldello per ostacolare, in tutti i modi possibili, la realizzazione di nuovi edifici di culto con lo sguardo rivolto alla minaccia terroristica che si ritiene provenga dalle moschee.⁵⁹

Tali leggi riproducono né più né meno il contenuto della legge regionale lombarda n. 2 del 2015; anzi per alcuni aspetti si può affermare che le “copie” sono anche peggiori dell’originale. Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni della legge regionale veneta in tema di estensione della disciplina per le attrezzature religiose *alle aree scoperte* destinate o utilizzate per il culto, e a quelle che sanciscono l’impegno *all’uso della lingua italiana* per le attività non connesse alle pratiche del culto; altrettanto discutibile è la norma della legge della Regione Liguria che impone l’obbligo di sentire *i pareri non vincolanti* (e ci mancherebbe che lo fossero!) di organizzazioni e comitati di cittadini, non meglio definiti, presenti nelle zone nelle quali possono essere localizzate le nuove attrezzature religiose, previsione che si “aggiunge” a quella di indire referendum al fine espresso di “*conoscere l’orientamento della popolazione interessata*”.

Al momento non si sa se il Governo abbia impugnato la legge della Regione Liguria che presenta anch’essa profili d’illegittimità costituzionale ma un intervento chiarificatore della Corte, già invocato sulla legge della Regione Veneto, sarebbe anche in questo caso necessario e oltre modo auspicabile, al fine di stroncare sul nascere analoghe iniziative legislative di altre Regioni.

APPENDICE

1. Regionale n. 12 del 2005-Quadro di raffronto

In corsivo le modifiche di cui alla l. reg. n. 2/2015.

In grassetto e tra parentesi le disposizioni dichiarate incostituzionali con la [sentenza n. 63 del 2016](#).

Testo in vigore fino al 05/02/2015

LEGGE REGIONALE 11 marzo 2005 , N. 12

1. per il governo del territorio

Art. 70.

Finalità.

1. La Regione ed i comuni concorrono a promuovere, conformemente ai criteri di cui al presente capo, la realizzazione di attrezzature di interesse comune destinate a

Testo LEGGE REGIONALE 11 marzo 2005, N. 12 1.

per il governo del territorio coordinato con le modifiche di cui alla L. R.3 febbraio 2015,n 2

Art. 70.

Finalità

1. La Regione ed i comuni concorrono a promuovere, conformemente ai criteri di cui al presente capo, la

⁵⁹ In tal senso v. le dichiarazioni dell’assessore all’istruzione della Giunta regionale veneta Elena Donazzan riportate in www.repubblica.it/cronaca/2016/04/06/news/veneto_nelle_moschee_si_dovra_parlare_italiano-137022381/?ref=search, nota 55.

servizi religiosi da effettuarsi da parte degli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica.

2. Le disposizioni del presente capo si applicano anche agli enti delle altre confessioni religiose come tali qualificate in base a criteri desumibili dall'ordinamento ed aventi una presenza diffusa, organizzata e stabile nell'ambito del comune ove siano effettuati gli interventi disciplinati dal presente capo, ed i cui statuti esprimano il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e previa stipulazione di convenzione tra il comune e le confessioni interessate.

3. I contributi e le provvidenze disciplinati dalla presente legge hanno natura distinta ed integrativa rispetto ai finanziamenti a favore dell'edilizia di culto previsti in altre leggi dello Stato e della Regione, nonché in atti o provvedimenti amministrativi dei comuni diretti a soddisfare specifici interessi locali nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali.

Art. 72.

Rapporti con la pianificazione comunale.

1. Nel piano dei servizi e nelle relative varianti, le aree che accolgono attrezzature religiose, o che sono destinate alle attrezzature stesse, sono specificamente individuate, dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70. Le attrezzature religiose sono computate nella loro misura effettiva nell'ambito della dotazione globale di spazi per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico o generale di cui all'articolo 9, senza necessità di regolamentazione con atto di asservimento o regolamento d'uso.

2. Qualunque sia la dotazione di attrezzature religiose esistenti, nelle aree in cui siano previsti nuovi insediamenti residenziali, il piano dei servizi, e relative varianti, assicura nuove aree per attrezzature religiose, tenendo conto delle esigenze rappresentate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70. Su istanza dell'ente interessato, le nuove aree per attrezzature religiose sono preferibilmente localizzate in continuità con quelle esistenti.

3. In aggiunta alle aree individuate ai sensi del comma 2, il piano dei servizi e i piani attuativi possono prevedere aree destinate ad accogliere attrezzature religiose di interesse sovracomunale. Le aree necessarie per la costruzione delle suddette attrezzature sono specificamente individuate, dimensionate e normate, nell'ambito della pianificazione urbanistica comunale, sulla base delle istanze all'uopo presentate dagli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica e delle altre confessioni religiose di cui all'articolo 70.

4. Le aree destinate ad accogliere gli edifici di culto e le altre attrezzature per i servizi religiosi, anche di interesse sovracomunale, sono ripartite fra gli enti che ne abbiano fatto istanza in base alla consistenza ed incidenza sociale delle rispettive confessioni.

4 bis. Fino all'approvazione del piano dei servizi, la realizzazione di nuove attrezzature per i servizi religiosi è ammessa unicamente su aree classificate a standard nei

realizzazione di attrezzature di interesse comune destinate a servizi religiosi da effettuarsi da parte degli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica.

2. *Le disposizioni del presente capo si applicano anche agli enti delle altre confessioni religiose con le quali lo Stato ha già approvato con legge la relativa intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 3, della Costituzione.*

2 bis. *Le disposizioni del presente capo si applicano altresì agli enti delle altre confessioni religiose (che presentano i seguenti requisiti: a) presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell'ambito del comune nel quale vengono effettuati gli interventi disciplinati dal presente capo; b) i relativi statuti esprimono il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione).*

2 ter. *Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo gli enti delle confessioni religiose di cui ai commi 2 e 2 bis devono stipulare una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato. Le convenzioni prevedono espressamente la possibilità della risoluzione o della revoca, in caso di accertamento da parte del comune di attività non previste nella convenzione*

2-quater. *(Per consentire ai comuni la corretta applicazione delle disposizioni di cui al presente capo, viene istituita e nominata con provvedimento di Giunta regionale, che stabilisce anche composizione e modalità di funzionamento, una consulta regionale per il rilascio di parere preventivo e obbligatorio sulla sussistenza dei requisiti di cui al comma 2 bis. La consulta opera senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio regionale.)*

3. I contributi e le provvidenze disciplinati dalla presente legge hanno natura distinta ed integrativa rispetto ai finanziamenti a favore dell'edilizia di culto previsti in altre leggi dello Stato e della Regione, nonché in atti o provvedimenti amministrativi dei comuni diretti a soddisfare specifici interessi locali nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali.

Art. 72.

Piano per le attrezzature religiose

1. *Le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse sono specificamente individuate nel piano delle attrezzature religiose, atto separato facente parte del piano dei servizi, dove vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'articolo 70.*

2. *L'installazione di nuove attrezzature religiose presuppone il piano di cui al comma 1; senza il suddetto piano non può essere installata nessuna nuova attrezzatura religiosa da confessioni di cui all'articolo 70.*

3. *Il piano di cui al comma 1 è sottoposto alla medesima procedura di approvazione dei piani componenti il PGT di cui all'articolo 13.*

4. *(Nel corso del procedimento per la predisposizione del piano di cui al comma 1 vengono acquisiti i pareri di*

vigenti strumenti urbanistici generali e specificamente destinate ad attrezzature per interesse comune.

organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell'ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l'autonomia degli organi statali. Resta ferma la facoltà per i comuni di indire referendum nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale.)

5. I comuni che intendono prevedere nuove attrezzature religiose sono tenuti ad adottare e approvare il piano delle attrezzature religiose entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale recante "Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (l. per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi". Decorso detto termine il piano è approvato unitamente al nuovo PGT.

6. Il piano delle attrezzature religiose può avere valenza sovracomunale, sulla base di una convenzione tra comuni limitrofi che individua il comune capofila. La procedura di cui all'articolo 4 deve avvenire singolarmente in ogni comune. Il provvedimento finale e conclusivo della procedura è unico e ne è responsabile il comune capofila. Il piano delle attrezzature religiose sovracomunale costituisce parte del piano dei servizi dei singoli comuni che hanno aderito alla convenzione di cui sopra.

7. Il piano delle attrezzature religiose deve prevedere tra l'altro: a) la presenza di strade di collegamento adeguatamente dimensionate o, se assenti o inadeguate, ne prevede l'esecuzione o l'adeguamento con onere a carico dei richiedenti; b) la presenza di adeguate opere di urbanizzazione primaria o, se assenti o inadeguate, ne prevede l'esecuzione o l'adeguamento con onere a carico dei richiedenti; c) distanze adeguate tra le aree e gli edifici da destinare alle diverse confessioni religiose. Le distanze minime sono definite con deliberazione della Giunta regionale; d) uno spazio da destinare a parcheggio pubblico in misura non inferiore al 200 per cento della superficie lorda di pavimento dell'edificio da destinare a luogo di culto. Il piano dei servizi può prevedere in aggiunta un minimo di posteggi determinati su coefficienti di superficie convenzionali; (e) la realizzazione di un impianto di videosorveglianza esterno all'edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell'ordine;)f) la realizzazione di adeguati servizi igienici, nonché l'accessibilità alle strutture anche da parte di disabili; g) la congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR.

8. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle attrezzature religiose esistenti alla entrata in vigore della legge recante "Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (l. per il governo del territorio) - Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi.

Antonio Ruggeri

Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su *Taricco*, in una pronuncia che *espone*, ma non ancora *oppon*e, i controlimiti (a margine di [Corte cost. n. 24 del 2017](#))*

SOMMARIO: 1. La impropria qualifica da molti data alla decisione in commento quale espressiva di “leale cooperazione”, la *esposizione* (seppur non ancora la *opposizione*) dei controlimiti cui essa fa luogo, il vizio di origine che sta a base delle pronunzie delle due Corti su [Taricco](#), in entrambe dandosi una parziale e, a conti fatti, distorta rappresentazione dell’identità costituzionale degli ordinamenti cui le Corti stesse appartengono. – 2. Una necessità (il bilanciamento tra le esigenze dell’erario lese dalle frodi fiscali a danno dell’Unione e i diritti di coloro che se ne rendano responsabili, le une e gli altri riportabili all’identità costituzionale sia dell’Unione stessa che dello Stato) e una possibile via di fuga dallo scontro (la modulazione degli effetti temporali del giudizio emesso in sede di rinvio pregiudiziale, cui faccia quindi seguito la proposizione di una questione di legittimità costituzionale da parte dello stesso giudice delle leggi avente ad oggetto la disciplina della prescrizione, definita con una additiva di principio con effetti solo *pro futuro*).

1. *La impropria qualifica da molti data alla decisione in commento quale espressiva di “leale cooperazione”, la esposizione (seppur non ancora la opposizione) dei controlimiti cui essa fa luogo, il vizio di origine che sta a base delle pronunzie delle due Corti su Taricco, in entrambe dandosi una parziale e, a conti fatti, distorta rappresentazione dell’identità costituzionale degli ordinamenti cui le Corti stesse appartengono*

Trovo singolare che, nella messe di commenti caduta a pioggia sopra la decisione qui annotata, la stessa sia diffusamente considerata come espressiva di “leale cooperazione” tra la nostra Corte e quella dell’Unione. È vero che la formula, nei campi materiali di esperienza più varî in cui se ne rinviene riscontro ed ai livelli istituzionali parimenti varî sui quali si distende ed opera, si presenta con molti volti, rivestendosi di forme e caricandosi di valenze ora più ed ora meno intense¹. Francamente, dubito però che sia appropriato far ricorso a siffatta qualificazione in relazione al caso odierno: quello che la Consulta indirizza alla Corte di giustizia – può piacere come non piacere – è, a me pare, un vero e proprio ultimatum² col quale si chiede al giudice eurounitario di ripensare *ab ovo* il verdetto emesso su [Taricco](#)³, adeguandosi alle indicazioni contenute nella ordinanza di rinvio pregiudiziale⁴. L’unica, labile traccia di “cooperazione” può vedersi nel tentativo di persuasione fatto⁵, vale a dire nell’adozione di una pronuncia interlocutoria che – come dico nel titolo dato a questa succinta riflessione – *espone*, ma non ancora *oppon*e, i controlimiti. Questi ultimi, però, ci

* Intervento al Seminario su *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, Ferrara 24 febbraio 2017, alla cui data lo scritto è aggiornato. Ho sottoposto una prima versione di questo scritto a R. Conti, G. Martinico, O. Pollicino e C. Salazar, che ringrazio di cuore per le osservazioni fattemi e gli spunti di riflessione offertimi; come di consueto, la responsabilità per le tesi qui sostenute è interamente mia.

¹ Si pensi, ad es., solo all’armamentario (fatto di intese, “forti” e “deboli”, pareri e forme varie di concertazione) di cui la “cooperazione” stessa dispone al piano dei rapporti Stato-Regioni.

² “Garbata nella forma, rocciosa nella sostanza” definisce V. MANES la pronuncia in esame, nell’*incipit* del suo *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” (note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 febbraio 2017.

³ La decisione ha alimentato un fitto dibattito, tuttora in pieno svolgimento: indicazioni di vario segno in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017 (e part., ivi, dello stesso B., l’ampia presentazione dal titolo *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, spec. XCIII ss.).

⁴ Sia pure con un linguaggio meno crudo, anche O. POLLICINO e M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for “revisitation”*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 gennaio 2017, rilevano che alla Corte dell’Unione è fatta richiesta, più che di un chiarimento, di un ripensamento interpretativo.

⁵ Evidenzia il carattere “diplomatico” dell’ordinanza M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in [dirittifondamentali.it](#), 1/2017, 29 gennaio 2017, spec. al § 5.

sono già tutti, nella loro corposa ed ingombrante presenza; tant'è che, ove dovesse cadere nel vuoto l'appello fatto dal giudice nazionale, la pronunzia di merito sarebbe già bell'e pronta e potrebbe essere estratta di peso dalla decisione di oggi⁶.

È singolare altresì che la Corte anticipi nella ordinanza in commento il contenuto della futura e auspicata decisione di merito, nel segno del rigetto (punti 7 e 10), per il caso che il giudice dell'Unione dovesse docilmente disporsi lungo il solco tracciato dalla Consulta. È chiaro che è improbabile che così sarà (quanto meno nei termini indicati dalla pronunzia in commento), mentre è da attendersi che, riscontrandosi l'ipotesi avversa, i controlimiti vengano *opposti* esattamente nei termini in cui sono qui *esposti*. Nulla, però, può dirsi al riguardo con certezza⁷; ed è fin troppo noto, sì da non dover essere qui rammentato, che in occasione dell'adozione di ogni nuova decisione possono coagularsi in seno al collegio decidente consensi diversi rispetto anche ad un recente passato (specie a causa di mutamenti nella composizione del collegio stesso). Se così non fosse, non si avrebbero – come, invece, non di rado si hanno – capovolgimenti di fronte e di orientamenti sopra una medesima questione⁸, senza che a ciò osti la esistenza di contrari e, apparentemente, ben saldi precedenti⁹.

Ciò posto, anch'io, al pari di altri, giudico sommamente opportuno nella circostanza il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale in vece di una decisione di merito che, anziché limitarsi ad anticipare la futura esplosione del conflitto, l'avesse da subito posto in essere. I contenuti dell'ordinanza, ad ogni buon conto, non lasciano – a me pare – spazi consistenti per un compromesso onorevole, accettabile da entrambe le Corti, pur dovendosi fare di tutto perché lo stesso sia raggiunto, secondo quanto si vedrà sul finire di questa riflessione.

E, così, *Taricco* sarà, con ogni probabilità, ricordata come un'occasione sciupata per un autentico e fecondo “dialogo” intergiurisprudenziale: un dialogo che – è superfluo dover qui rammentare – non necessariamente deve concludersi in una consonanza di idee ma che è tale solo a condizione che entrambi i parlanti producano (appunto, in “leale cooperazione”) il massimo sforzo possibile per convergere, senza far dunque degenerare in partenza il loro confronto in una somma di monologhi formulati in lingue diverse e incomprensibili da parte di chi ascolta.

Qui, invece, si è assistito – perlomeno, fino ad oggi – ad un irrigidimento di posizioni da entrambe le parti, frutto di un vizio di origine riscontrabile a base delle posizioni stesse, che poi si è tradotto in una forzata e distorsiva rappresentazione del quadro ordinamentale di riferimento e, a questa conseguente, in un bilanciamento parziale o, diciamo pure, squilibrato dei principi di base degli ordinamenti stessi.

E infatti.

Quanto alla Corte dell'Unione – in disparte la questione (per vero, nient'affatto scontata) relativa al carattere *self-executing* dell'art. 325 TUE¹⁰ – ciò che più importa è che essa ha nella circostanza

⁶ D'altro canto, anche in altri campi di esperienza (come a riguardo dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, la Consulta non si è trattenuta – al ricorrere di circostanze eccezionali – dal mettere in campo i controlimiti ([sent. n. 238 del 2014](#)); potrebbe, perciò, farlo anche al piano dei rapporti col diritto dell'Unione, pur nella diversità delle relazioni e dei contesti in cui esse s'inscrivono e svolgono.

⁷ Ha sorpreso non pochi annotatori il seguito remissivo dato dal tribunale costituzionale spagnolo alla risposta della Corte di giustizia in [Melloni](#); la circostanza però che la nostra Corte abbia tenuto a marcare la distanza tra il caso odierno e quello sopra richiamato, unitamente alla risolutezza esibita dall'ordinanza in commento, induce a pensare che, verosimilmente, non uguale docilità connoterà il seguito che la Consulta darà alla decisione del giudice lussemburghese, per il caso che quest'ultima dovesse confermare pari pari la pronunzia su [Taricco](#) del 2015.

⁸ ... quali quelli che, ad es., si hanno allorché la Corte si ponga quale giudice *a quo* rimettendo davanti a se stessa una questione quindi rigettata.

⁹ Allo scopo, il più delle volte – come si sa – si mettono in campo tecniche argomentative e decisorie raffinate, quale quella del *distinguishing* o delle manipolazioni per via interpretativa di anteriori decisioni dello stesso giudice.

¹⁰ Sul punto, di recente, S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nel rapporto con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 197, con richiamo ad un pensiero di C. Amalfitano, e, ora, G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Diritti Comparati](#), 20 febbraio 2017.

odierna dato, ancora una volta, mostra della sua irresistibile vocazione a proiettare con forza in primo piano sulla scena il principio del primato del diritto sovranazionale, lasciando nell'ombra il principio, parimenti fondamentale, del rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri, di cui all'art. 4.2 TUE¹¹. Nell'orizzonte teorico-ricostruttivo del giudice di Lussemburgo, il primato si pone davvero – com'è stato fatto notare da una sensibile dottrina¹² – quale il cuore pulsante della “costituzione materiale” dell'ordine eurounitario, restando a questa sostanzialmente estranea l'osservanza dell'identità degli Stati, malgrado componga uno dei principi su cui si regge l'ordine stesso¹³.

Se è vero – com'è vero – che l'identità costituzionale, in prospettiva assiologicamente orientata, è data dall'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento nel loro fare – tutti assieme, paritariamente e necessariamente¹⁴ – “sistema”, la mancata partecipazione alle operazioni di bilanciamento di tutti i principi evocati in campo dal caso porta fatalmente ad un esito ricostruttivo difettoso. Si coglie, insomma, una sola delle facce dell'identità, non già la stessa nella sua interezza, nella sua articolata e complessa struttura¹⁵.

Mutatis mutandis, la conclusione vale altresì per la nostra Corte, la quale pure, nella odierna circostanza così come in altre, non riesce a sottrarsi a quella che mi viene di chiamare la *tentazione del primato* della Costituzione e, per ciò pure, della stessa... Corte, quale suo interprete qualificato, frutto di un “patriottismo” o “nazionalismo” costituzionale esasperato, ingenuo e infecondo e, anzi, foriero di guasti per la stessa identità costituzionale che si vorrebbe invece mettere al riparo dai tentativi di aggressione provenienti dall'Unione.

La Corte, infatti, per un verso, muove da alcuni assunti giudicati indiscutibili o, comunque, argomentati in modo sbrigativo, quale quello della indeterminatezza della descrizione del fatto criminoso che ridonderebbe nel riconoscimento di un margine eccessivamente largo di apprezzamento discrezionale da parte del giudice¹⁶, dimentica del fatto che gli elementi elastici o addirittura vaghi della fattispecie fanno parte dell'esperienza penalistica¹⁷, o l'altro

¹¹ ... in merito al quale, tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2004, 23 ss.

¹² V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti ed E. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 7.

¹³ Una diversa lettura di questa vicenda è affacciata da A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., XLIV ss.

¹⁴ ... onde rifuggire il rischio – come si sa, paventato da un'autorevole dottrina – della tirannica affermazione dell'uno sull'altro principio.

¹⁵ Ho descritto, ancora non molto tempo addietro, i tratti essenziali della struttura in parola nel mio *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 19 ss.

¹⁶ ... assunti, peraltro, come si sa, ripresi di peso da rilievi diffusi tra i più severi censori della pronunzia del giudice eurounitario che, con varietà di toni e di argomenti, hanno fatto notare come venga, a conti fatti, a spianarsi la via all'avvento di un modello di “legalità essenzialmente giurisprudenziale” inusuale alla nostra tradizione positiva (per tutti, V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 203 ss., e 220 per il riferimento testuale).

Ora, non si nega, ovviamente, che qui il giudice venga a disporre di uno spazio particolarmente esteso entro cui determinarsi e che di sicuro sarebbe stato preferibile il suo contenimento; fissare, tuttavia, i confini del campo è, teoricamente e praticamente, impresa assai ardua, forse disperata, specie in un contesto, quale quello presente, fortemente segnato dall'affidamento al giudice stesso di compiti resi viepiù onerosi, proprio come nel caso di specie, da conclamate carenze e ritardi del legislatore.

¹⁷ ... senza, poi, far cenno ad ipotesi, pur peculiari, di mancanza della descrizione stessa, quale quella che ha riguardo ai reati presidenziali di alto tradimento e attentato alla Costituzione (sui diversi “gradi” di determinatezza delle norme incriminatrici, per tutti, v. L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano 2004, 195 ss., e G. DE VERO, *Corso di diritto penale*², I, Giappichelli, Torino

dell'appartenenza al diritto penale sostanziale (e non già a quello processuale) del regime delle prescrizioni¹⁸. Per un altro verso, poi, per ciò che qui maggiormente conta, la Consulta ancora una volta conferma nella odierna pronuncia di essersi fatta un'idea parziale (e, per ciò stesso, distorsiva) della identità costituzionale, quale risulta dall'intera tavola dei valori fondamentali trascritti nella Carta, tra i quali – è superfluo qui rammentare – v'è altresì quello dell'apertura al diritto di origine esterna (internazionale e sovranazionale)¹⁹. Un'apertura – com'è chiaro – non incondizionata bensì filtrata alla luce di quell'autentica *Grundnorm* che sta a base delle relazioni interordinamentali e che è costituita dal principio della massimizzazione della tutela dei beni o interessi costituzionalmente protetti complessivamente considerati²⁰: principio al quale la Corte fa esplicito appello nel caso odierno a sostegno del riporto della disciplina della prescrizione al diritto penale sostanziale; ed è invero abile il giudice delle leggi nell'addurre a sostegno della soluzione patrocinata altresì l'art. 53 della CEDU e dalla Carta dei diritti dell'Unione²¹. Sta di fatto, tuttavia, che il principio di legalità non è l'unico valore fondamentale in gioco, avendosi altrimenti una ricostruzione del sistema, in prospettiva assiologicamente orientata, parziale. Ciò che si porrebbe in insanabile contraddizione con quanto la stessa giurisprudenza costituzionale va, in modo insistente e persino martellante, dicendo da tempo, richiamando gli operatori (e, perciò, anche... *se stessa*) a far luogo ad una

2012, 221 ss., spec. 226 s.; quanto, poi, alle vessate questioni interpretative sollevate dall'ambiguo disposto costituzionale dell'art. 90 ed alle loro implicazioni al piano della responsabilità, per tutti, v. A. SPADARO, *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011, 228 ss. e 233 ss.).

¹⁸ La circostanza che in molti Stati dell'Unione, nei quali tutti – non si dimentichi – i diritti fondamentali e in genere i connotati tipici delle liberaldemocrazie sono riconosciuti, la disciplina della prescrizione appartenga al diritto processuale non è, di certo e per ciò solo, indice di un affievolimento del carattere liberaldemocratico dell'ordinamento e, di conseguenza, della tutela dei diritti stessi. Sarebbe dunque bastato (o un domani basterebbe) un mutamento di orientamento su questo punto di cruciale rilievo per evitare sul nascere il conflitto tra le Corti (argomentati rilievi critici avverso la riconduzione della disciplina in parola al principio di legalità sono in F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 256 ss.; quanto, poi, alla evoluzione del principio stesso nel costituzionalismo multilivello – o, meglio, interlivello –, v., ora, G. LEO, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4/2016, 161 ss.). Non si trascuri, poi, che la stessa Consulta, ancora non molto tempo addietro ([sent. n. 236 del 2011](#)), ha rilevato che la disciplina delle prescrizioni può andare incontro a limiti nella sua estensione al passato: “mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo” (v., inoltre, [ord. n. 314 del 2011](#)).

¹⁹ ... in linea, peraltro, con una generale tendenza delle Carte del secondo dopoguerra, secondo quanto opportunamente segnala ora G. MARTINICO, *Constitutionalism, Resistance, and Openness: Comparative Law Reflections on Constitutionalism in Postnational Governance*, in *Yearbook of Eur. Law*, 1/2016, 318 ss.

²⁰ Diffusi, seppur varî per indirizzi metodici e svolgimenti dogmatici, i riferimenti al principio in parola: tra gli altri, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in questa [Rivista](#), II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.

²¹ “Va aggiunto che tale qualificazione [in merito alla natura delle norme sulla prescrizione] – precisa la Corte, al punto 8 –, nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione” (sono grato a C. Salazar per avermi sollecitato a fermare l'attenzione sul punto).

considerazione sistemica delle norme costituzionali (e, di riflesso, dei beni della vita che alle stesse fanno capo)²².

Dunque, anche l'identità costituzionale ha una struttura internamente composita che sollecita gli operatori a problematici e non di rado sofferti bilanciamenti tra la vocazione dell'ordine interno all'apertura al diritto di origine esterna e la tendenza alla chiusura, laddove ciò sia consigliato dal principio della massimizzazione della tutela.

La pronuncia odierna, di contro, ripropone l'immagine verticale, stancamente ricorrente, dei principi fondamentali che è al cuore della dottrina dei controlimiti, per com'è usualmente intesa²³: un'immagine che vede *per sistema* sottoposto il principio dell'apertura al diritto di origine esterna rispetto ai principi fondamentali restanti e, perciò, dell'una Carta (di origine esterna) all'altra (la Costituzione), vale a dire, a conti fatti, dell'una all'altra Corte²⁴.

Si commette, tuttavia, in tal modo un grave errore di prospettiva e di ricostruzione, trascurandosi il dato di comune esperienza, secondo cui non di rado una norma (non importa se di produzione esterna o interna) può dimostrarsi servente uno o più principi e incompatibile rispetto ad altri, non potendosi pertanto escludere in partenza la evenienza che il superamento di un "controlimite" – se così vogliamo seguirlo a chiamarlo – sia compensato, in relazione alle complessive esigenze del caso, dal servizio offerto ad altri principi fondamentali. Ciò che si rende particolarmente visibile ogni qual volta, *proprio grazie all'apertura al diritto internazionale e sovranazionale*, si pervenga ad una più adeguata affermazione dei principi fondamentali nel loro fare "sistema".

La "logica" del bilanciamento è, dunque, ineludibile, nessun operatore – Corti costituzionali incluse²⁵ – potendosi sottrarre all'onere di tener presenti *tutti* i principi fondamentali, tentandone la reciproca conciliazione e – fin dove possibile – la congiunta e paritaria affermazione. Poi, è chiaro che combinazioni siffatte di ordine assiologico possono divergere da Corte a Corte, a motivo della diversità dei contesti istituzionali in cui esse prendono forma, vale a dire della diversità delle prospettive da cui ciascuna di esse guarda ai valori in campo e risente delle pressioni esercitate dal caso. Il dialogo intergiurisprudenziale serve però proprio al fine di tentare di realizzare convergenze e – fin dove possibile – condivisioni, nel reciproco rispetto dei punti di vista. E invece...

2. Una necessità (il bilanciamento tra le esigenze dell'erario lese dalle frodi fiscali a danno dell'Unione e i diritti di coloro che se ne rendono responsabili, le une e gli altri riportabili all'identità costituzionale sia dell'Unione stessa che dello Stato) e una possibile via di fuga dallo scontro (la modulazione degli effetti temporali del giudizio emesso in sede di rinvio pregiudiziale, cui faccia quindi seguito la proposizione di una questione di legittimità costituzionale da parte dello stesso giudice delle leggi avente ad oggetto la disciplina della prescrizione, definita con una additiva di principio con effetti solo pro futuro)

Invece, a rileggere la pronuncia in commento, forte è la sensazione che qui si sia tenuta presente la legge del taglione: occhio per occhio e dente per dente, insomma. E, invero, anche la pronuncia

²² *Ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn. [236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 85, 170 e 202 del 2013](#), [10 e 49 del 2015](#).

²³ ... pur con taluni non secondari *distinguo* presenti nelle varie raffigurazioni: un chiaro affresco degli orientamenti al riguardo, ora, in A. BERNARDI, *Presentazione*, spec. L ss.

²⁴ In altri luoghi si è fatto notare che l'ordinazione gerarchica delle Corti porta fatalmente all'esito di fare della Corte apicale un *mostruoso potere costituente permanente*.

²⁵ Intendo qui pure, come già in altri studi, l'aggettivo qualificativo in senso materiale, riferendolo pertanto altresì alle Corti europee che in misura crescente manifestano una marcata vocazione alla loro "costituzionalizzazione" [su ciò, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.].

cui si dirige questo breve commento, al pari della decisione del giudice eurounitario, sembra peccare per parzialità d'impostazione e di svolgimento, esibendo una immagine appiattita, incompiuta e, a conti fatti, deformante della identità costituzionale. La Corte produce, per vero, un considerevole sforzo argomentativo nell'intento di marcare la differenza tra [Taricco](#) e [Melloni](#)²⁶ e di mostrare, perciò, che nel caso odierno "il primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione", dal momento che "non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa [Taricco](#), e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice", per effetto del riporto della disciplina della prescrizione al diritto penale sostanziale e della sua soggezione al principio fondamentale di legalità (p. 8)²⁷. Una mossa accorta, abile, anche se non saprei dire fino a che punto persuasiva; ed è chiaro che, qualora la Corte dell'Unione si contentasse di questa spiegazione, facendola propria, il conflitto sarebbe in buona sostanza evitato. Può, però, la Corte stessa considerarsi appagata di una soluzione che, a conti fatti, non viene incontro alle istanze di tutela dell'interesse dell'Unione leso dalle frodi fiscali perpetrate a suo danno?

Non sciolto rimane infatti il nodo per cui la qualifica della prescrizione fatta propria dalla Consulta e, a dire di questa, idonea ad innalzare il livello della tutela rispetto a quella assicurata dal diritto dell'Unione trascura di considerare – in una visione autenticamente sistemica – che anche il bene di cui l'Unione stessa, per bocca della Corte di giustizia, reclama protezione, leso dalle frodi fiscali, è riportabile ad un principio fondamentale, iscritto nell'art. 11.

Così stando le cose, come conciliare allora, in prospettiva sistematicamente orientata, tutte le istanze in campo meritevoli di tutela?

Affaccio una ipotesi di soluzione, pur consapevole delle resistenze teoriche cui potrà andare incontro, dal momento che, per l'uno o per l'altro verso, essa lascia comunque l'amaro in bocca, sacrificando – ma solo in parte – questo o quel principio fondamentale, secondo quanto peraltro è proprio delle operazioni di bilanciamento autenticamente mediane e compromissorie.

La Consulta, volendo, avrebbe dunque potuto prospettare al giudice dell'Unione di far luogo ad una complessa (e, ad esser franchi, ardita) ponderazione tra le istanze dei diritti e le attese dell'erario, così come ha più volte fatto lo stesso giudice delle leggi, anche in tempi recenti (nel modo più vistoso, con la discussa, e discutibile, [sent. n. 10 del 2015](#))²⁸; tanto più che la stessa pronuncia qui annotata si è fatta cura di richiamare lo Stato alle sue responsabilità "per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione"²⁹. Un'operazione, quella

²⁶ Non è, peraltro, senza significato che nella domanda di rinvio pregiudiziale del tribunale spagnolo non si facesse esplicito richiamo all'identità costituzionale, presente invece nelle conclusioni dell'AG Bot (sono debitore di questa notazione nei riguardi di G. Martinico).

²⁷ Si è però dietro veduto che su entrambi i punti sarebbero stati opportuni maggiori e più adeguati argomenti.

²⁸ In altri luoghi, si è fatto notare che, bilanciando le norme sui diritti costituzionali con le norme sul processo costituzionale (a partire da quelle relative alla incidentalità), la Corte sacrifica e pregiudica la "giurisdizionalità" della funzione giurisdizionale; ciò che, ad opinione mia e di altri (part., R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss.; pure *ivi*, il mio *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, 635 ss.), non dovrebbe aversi. Ma, tant'è... La Corte reputa rientrare nella sua disponibilità far luogo ad operazioni siffatte; ed allora avrebbe potuto sollecitare anche la Corte dell'Unione a fare altrettanto o, magari, prospettare da subito una rilettura della pronuncia di quest'ultima tale da supportare l'operazione stessa. Non l'ha fatto, forse, perché ha preferito giocare al rialzo, puntando ad un ripensamento complessivo del verdetto della Corte di giustizia su [Taricco](#). Una mossa tuttavia sommamente rischiosa, suscettibile di determinare una dura reazione da parte del giudice lussemburghese.

²⁹ Punto 7, su cui indugia C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 gennaio 2017, § 6. Ed è appena il caso qui di precisare che, dal punto di vista del diritto interno, il monito indirizzato al legislatore non risponde ad un'esigenza apprezzabile unicamente al piano della opportunità bensì è riportabile ad un obbligo costituzionalmente fondato nell'art. 11 ("inaccettabile", a giudizio di R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 299 e, in buona sostanza, anche di altri, la disciplina della prescrizione in campo penale; una disciplina – rammenta opportunamente F. VIGANÒ, *Il caso*

qui prefigurata, che, nel caso di specie, potrebbe portare all'esito di una manipolazione (non già del testo ma) del tempo di applicazione della disciplina *sub iudice*³⁰ e, perciò, a conti fatti, di una delimitazione temporale degli effetti della nuova pronuncia della Corte eurounitaria su [Taricco](#), dando loro rilievo unicamente *pro futuro*³¹. Peraltro, la Corte stessa solo oggi acquisisce dal giudice costituzionale indicazioni di cui dapprima non era a conoscenza; e questo fatto nuovo potrebbe giustificare il carattere non retroattivo del verdetto che sarà adottato a seguito di questo rinvio³². È vero che la giurisprudenza eurounitaria parrebbe non ammettere operazioni creative siffatte poste in essere per la via del rinvio pregiudiziale; non si danno, tuttavia, ostacoli positivi alla introduzione di una previsione siffatta, alla quale nondimeno dovrebbe accompagnarsi l'iniziativa della Corte costituzionale volta a sollevare davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale della disciplina della prescrizione, sì da evitare il perpetuarsi di illeciti fiscali a danno dell'Unione: una questione quindi definita a mezzo di una pronuncia manipolativa (preferibilmente, un'additiva di principio), con effetti essi stessi *pro futuro*, facendosi quindi salva l'autodeterminazione del legislatore in ordine al regime più adeguato e rispettoso dei vincoli discendenti dal diritto dell'Unione. D'altro canto, acclarata la lesione del diritto dell'Unione, per come interpretato dalla Corte di giustizia, tutti gli operatori di diritto interno, ciascuno secondo le proprie competenze, sono obbligati a far luogo a prestazioni ispirate a "leale cooperazione" nei riguardi dell'Unione stessa, attivandosi al fine di evitare l'ulteriore prodursi della lesione in parola. Si potrebbe opporre che la Corte avrebbe potuto (o dovuto) allora sin dall'inizio determinarsi nel senso di prospettare a se stessa il dubbio in merito alla costituzionalità della disciplina della prescrizione; l'utilità dell'interpello del giudice eurounitario, nondimeno, rimane evidente, dalla risposta alla domanda posta in via pregiudiziale dipendendo gli ulteriori svolgimenti della vicenda processuale.

Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco, cit., 239 ss. – che potrebbe risultare "blindata" da una eventuale decisione di accoglimento della Consulta poggiante sull'attivazione dei controllimiti e che peraltro, così com'è, fa correre il rischio di gravi violazioni ai diritti umani). Che poi la perdurante inerzia del legislatore, qui come altrove, non possa essere efficacemente combattuta e sanzionata nulla toglie – a me pare – al carattere doveroso del compito cui il legislatore stesso è chiamato (ma il giudice delle leggi – come si dirà a momenti – potrebbe spingersi ancora oltre la soglia non varcata dalla decisione in commento). Una inadempienza che potrebbe quindi spianare la via ad una chiamata a responsabilità davanti al giudice dell'Unione (ipotesi ventilata, tra gli altri, da F. DONATI, *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *Lo Stato*, 7/2016, 225), così come, peraltro, la stessa potrebbe conseguire alla eventuale opposizione dei controllimiti alla pronuncia della Corte dell'Unione che dovesse restare ferma sul punto di diritto enunciato dalla Grande Camera in [Taricco](#) (si sofferma sul punto, ora, A. GUAZZAROTTI, *La sovranità limitata in favore dell'UE e 'controlimitata' in favore della Costituzione*, in [laCostituzione.info](#), 18 febbraio 2017). La circostanza, infatti, che avverso le decisioni della Corte non è ammessa alcuna impugnazione, secondo quanto dispone l'art. 137, ult. c., può aver rilievo esclusivamente dal punto di vista del diritto interno, non pure da quello dell'Unione, senza poi tacere che è da provare che lo stesso disposto ora richiamato sia espressivo di un controllimite, di tal che la pretesa vantata dall'Unione stessa e volta al suo superamento possa (e debba) restare inappagata siccome lesiva di un principio fondamentale dell'ordine costituzionale (anzi, proprio della norma di chiusura dello stesso, su cui riposa la garanzia ultima della legalità costituzionale).

³⁰ Le manipolazioni temporali, nelle loro varie espressioni, fanno parte – come si sa – dello strumentario e delle esperienze della giustizia costituzionale (indicazioni in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 181 ss.).

³¹ Una ipotesi di manipolazione temporale è prospettata anche da C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in [Eurojus.it](#), 29 gennaio 2017, § 4, che suggerisce alla Corte di giustizia di far valere "la disapplicazione della normativa nazionale nei termini indicati nella *Taricco* ... soltanto rispetto ai reati commessi dopo la pronuncia della nuova sentenza pregiudiziale". La stessa A., pure *ivi*, si prefigura, giudicandolo nondimeno improbabile, il caso che la Corte dell'Unione recepisca il punto di vista del giudice costituzionale, annoverando il principio di legalità, nell'accezione fatta propria da questo, tra i principi generali dell'Unione (l'ipotesi, unitamente ad altre, è ripresa anche da V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., § 5).

³² A mia opinione, la soluzione qui caldeggiata potrebbe tornare utile ogni qual volta si svolga un dialogo tra le Corti avente per specifico oggetto la chiarificazione di ciò che entra a comporre l'identità costituzionale messa a rischio da atti dell'Unione (tra i quali, ovviamente, le stesse pronunzie della Corte di giustizia), ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 4.2 TUE.

Il compromesso in tal modo raggiunto sarebbe, dunque, onorevole e potrebbe essere accettato, sia pure a denti stretti, da entrambe le Corti, dando voce a tutti gli interessi in campo meritevoli di protezione: quello volto a mettere l'Unione al riparo da frodi fiscali commesse a suo danno e l'altro dello Stato alla salvaguardia dei diritti soggettivi "coperti" dal principio di legalità. Occorre dir meglio, alla luce delle precisazioni dietro fatte a riguardo della natura composita della identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato. Perché l'interesse dell'Unione è, *per ciò stesso*, grazie alla "copertura" che viene dal principio costitutivo dell'identità costituzionale, di cui all'art. 11, anche un interesse dello Stato, e viceversa: quello sotteso al principio di legalità in campo penale presentandosi altresì, grazie alla "europeizzazione" dei controlimiti operata dall'art. 4.2 TUE, quale interesse della stessa Unione, costitutivo della identità costituzionale di questa.

Non escludo che possano immaginarsi soluzioni compromissorie diverse, che nondimeno confesso di non riuscire a prefigurarmi. Possego tuttavia solo una certezza: che qualunque esito della vicenda dovesse risultare nel segno di un'affermazione parziale della identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato suonerebbe comunque come una sconfitta del processo d'integrazione sovranazionale e, perciò, del senso dell'appartenenza dello Stato all'Unione. Occorre, dunque, produrre il massimo sforzo per ricercare punti d'incontro effettivamente mediani, non già puntare all'affermazione integrale, senza *se* e senza *ma*, del punto di vista dell'una Corte sull'altra. Entrambe devono perciò compiere un passo per venirsi incontro a mezza via.

Non l'ha fatto a suo tempo la Corte dell'Unione, così come non lo fa nella pronunzia in commento la nostra Corte; c'è solo da confidare in un atteggiamento mite e conciliante della prima Corte nella sua risposta al quesito pregiudiziale in termini draconiani formulato dalla Consulta.

Marta Caredda*
Ragionevoli disuguaglianze e riserva di legge

1. Con la [sentenza n. 20 del 2017](#) la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 266 del codice di procedura penale e degli articoli 18 (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 3, commi 2 e 3, della legge 8 aprile 2004, n. 95, recante «Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti») e 18 *ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), per contrasto con gli artt. 3 e 112 della Costituzione, nelle parti in cui, da un lato, a fronte di comprovate esigenze investigative, non consentono l'intercettazione di corrispondenza postale che non interrompa il corso della spedizione e, dall'altro, non consentono un controllo delle missive destinate o inviate all'insaputa del soggetto interessato in caso di indagato detenuto.

Dalla decisione della Corte il giudice remittente ricava la determinazione in ordine all'ammissibilità, nel procedimento penale dinanzi a lui pendente, di prove costituite da trascrizioni della corrispondenza dell'imputato – ristretto in istituto penitenziario – decisive per la condanna in relazione ad alcune incriminazioni, da ritenersi ostacolata dal mutamento nell'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione che, con la sentenza S.U. n. 28997 del 2012, ha ritenuto non più permesso il ricorso in via analogica alla disciplina sulle intercettazioni telefoniche e informatiche per fattispecie riguardanti il controllo di corrispondenza cartacea e, dunque, di conseguenza, l'utilizzo nel processo delle intercettazioni di corrispondenza realizzate in un momento in cui tale prassi veniva consentita¹. Secondo il “diritto vivente” da ultimo ricordato, allora, in ossequio alla riserva assoluta di legge in materia di “comunicazioni” di cui all'art. 15 Cost., occorre rispettare, senza alterazioni né estensioni analogiche, la disciplina fissata dal legislatore: per far fronte alle esigenze investigative del caso concreto è possibile sottoporre a sequestro le missive cartacee (ai sensi degli artt. 254 e 353 c.p.p.) e/o intercettare le altre forme di comunicazione (conversazioni telefoniche o veicolate da supporti digitali, cfr. artt. 266 ss. c.p.p.)². Nella controversia *a quo*, peraltro, che vede implicato un soggetto indagato e detenuto, si applicano gli artt. 18 e 18 *ter* dell'ordinamento penitenziario, i quali prevedono la possibilità del monitoraggio delle lettere inviate o ricevute dal ristretto mediante l'apposizione del visto di controllo, secondo modalità, cioè, che non consentono di acquisire i contenuti delle comunicazioni senza che il soggetto controllato se ne accorga.

A dire del giudice *a quo* la disciplina, così delineata, si presenta come irragionevole per l'ingiustificata differenziazione tra fattispecie simili: contrasterebbe con l'art. 3 Cost. per violazione del principio di uguaglianza poiché, a fronte delle medesime esigenze investigative in ordine alla conoscenza del contenuto delle comunicazioni della persona indagata, sottopone a una irragionevole disparità le intercettazioni telefoniche e quelle epistolari; determinerebbe, inoltre, un regime privilegiato a favore dell'indagato detenuto rispetto a quello non detenuto, in quanto solamente al

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università Roma Tre.

¹ Si era determinato, in realtà, un contrasto di orientamenti, perché se nella sentenza Costa del 2007 (Cass., sez. V, n. 3579 del 2007) si affermava l'utilizzabilità nel dibattimento delle risultanze delle intercettazioni epistolari, in altre sentenze la Suprema Corte si pronunciava in senso opposto (cfr. sentt. Cass., sez. VI, n. 47009 del 2009 e Cass., sez. V, n. 16575 del 2010). Per l'esigenza di comporre i dissidi interpretativi è intervenuta Cass., Sez. un., n. 28997 del 2012, Pasqua, che si è espressa nel senso riportato nel testo.

² Come riferisce anche Cass., Sez. un., n. 28997 del 2012, non si può non considerare che per consentire l'intercettazione delle comunicazioni informatiche e telematiche il legislatore ha introdotto *ad hoc* l'art. 266 *bis* e che, sempre durante i lavori parlamentari della XV legislatura, pur essendo stato presentato un progetto per l'inclusione anche della corrispondenza tra il “materiale intercettabile”, l'approvazione dell'apposito art. 266 *ter* non sia poi mai avvenuta. Si sarebbe trattato, insomma, di sancire che le disposizioni di cui agli artt. 266 e 266-*bis* si applicano anche alle intercettazioni della corrispondenza di tipo «epistolare» che, cioè, «non interrompono il corso della spedizione»: cfr. disegno di legge n. 1638 A (XV legislatura); nonché successivamente, il disegno di legge n. 1914 della XVII legislatura, di analogo contenuto.

primo si applicano le cautele previste dall'ordinamento penitenziario circa le modalità consentite per il controllo della corrispondenza, le quali sembrano peraltro irragionevolmente poste in un contesto in cui si prevedono strumenti ben più incisivi dell'intercettazione al fine di captare i contenuti di altre forme di comunicazione (es. le intercettazioni ambientali e le riprese video all'interno di strutture carcerarie). Sarebbe, inoltre, violato l'art. 112 Cost., per irragionevole menomazione delle opportunità investigative riservate agli uffici dei Pubblici Ministeri, "precipitato naturale" dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Sulla base dei predetti ragionamenti, il giudice rimettente chiede alla Corte costituzionale di pronunciarsi sul se l'art. 266 c.p.p. sia incostituzionale nella parte in cui non consente l'intercettazione di corrispondenza postale che non interrompa il corso della spedizione e se gli artt. 18 (nel testo previgente) e 18 *ter* dell'o.p. siano incostituzionali nella parte in cui non fanno «salve le ipotesi previste dall'art. 266 cod. proc. pen.». Suggerisce, in altre parole, alla Corte un intervento di natura additiva all'esito di *due giudizi d'uguaglianza* (1. diversità degli strumenti investigativi a seconda del tipo di comunicazione; 2. differenziazione delle modalità di controllo tra indagato libero e sottoposto a privazione della libertà personale), cui si aggiungerebbe l'irragionevole frustrazione delle esigenze costituzionali connesse all'obbligatorietà dell'azione penale. Ciò che interessa qui mettere in luce risiede propriamente nel modo in cui il giudice delle leggi conduce l'analisi sulla legittimità delle differenziazioni stabilite dal legislatore, un modo che si considera scrupoloso, pur potendosi discutere alcuni profili argomentativi.

2. Possiamo partire dal presupposto che sarebbe stato proprio difficile immaginare di poter soddisfare la *richiesta additiva* (e *manipolativa* del complesso della disciplina sui mezzi di ricerca della prova inerenti le comunicazioni dell'indagato), non tanto per l'esistenza di un orientamento in senso opposto espresso dalle S.U., quanto per l'inattaccabilità delle motivazioni di quella decisione del 2012³, che risiedono nell'esistenza di una riserva di legge assoluta in materia di restrizioni del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza, idonea a vincolare sia nell'interpretazione che è possibile dare del sistema normativo sia nelle possibilità di intervento additivo che residuano per la Corte costituzionale: esse sono, anche considerando che l'addizione sarebbe risultata *in malam partem*, certamente esigue, se si ha a cuore il principio di separazione dei poteri e sempre salva l'ipotesi della manifesta arbitrarietà delle soluzioni legislative⁴. «La normativa impugnata attiene ad

³ Si vedano, in particolare, i commenti di G. LEO, *Le sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti (e non solo)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 luglio 2012, e di C. RENOLDI, *Le sezioni unite sul controllo del contenuto della corrispondenza di persona ristretta in un istituto penitenziario*, in *Cass. Pen.*, 2012, 962 ss.

⁴ Nel caso che ci occupa, pur non essendo oggetto del giudizio una norma penale incriminatrice o sanzionatoria, ma una disposizione processuale in materia penale inerente le restrizioni che può subire un diritto costituzionalmente garantito, trattiamo ad ogni modo di disciplina coperta da riserva assoluta di legge *ex artt. 15 e 111*, primo comma, Cost. Ragionando sulla possibilità di intervento *in malam partem* da parte della Corte costituzionale, allora, si possono estendere le considerazioni legate alla sindacabilità delle norme penali favorevoli: sul punto, come noto, la Corte è orientata nel senso che il suo intervento *in malam partem* sia giustificabile a condizione che non si risolva nella *creazione* di una nuova disciplina normativa, ma determini solo una *riespansione* di una disciplina legislativa già prevista. Si tratta di aspetti variamente indagati dalla dottrina. Senza pretesa di completezza e limitandosi ad alcuni recenti lavori, si vedano: M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in N. ZANON, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 167 ss.; M.A. CABIDDU – P. DAVIGO, *Leggi penali di favore ed efficacia «in malam partem» delle sentenze della Corte costituzionale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 255 ss.; N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in L. ZILLETTI – F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, 53 ss.; E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009; A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in [Federalismi.it](#), fasc. 13/2009, 29 giugno 2009; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2016; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [Rivista AIC](#), fasc. 4/2016, 17 novembre 2016.

istituti processuali e, segnatamente, ai mezzi di ricerca della prova, ambito in cui» - ammette il giudice delle leggi - «debbono essere preservati adeguati margini di discrezionalità legislativa, soggetti solo a controllo di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà da parte di questa Corte (da ultimo, *ex plurimis*, [sentenze n. 152 del 2016](#), [n. 138 del 2012](#) e [n. 141 del 2011](#)). [...] Si tratta di delicate scelte discrezionali, *non costituzionalmente necessitate*, che, come tali, rientrano a pieno titolo nelle *competenze e nelle responsabilità del legislatore* e non in quelle di questa Corte»⁵ (corsivo nostro). La libertà nella decisione sul se elaborare un “nuovo tipo” di intercettazione si accompagnerebbe, nella specie, alla scelta delle modalità attraverso le quali realizzarla, nel senso che, anche qualora la Corte avesse censurato la disparità di trattamento rispetto alla possibilità di effettuare le intercettazioni telefoniche e informatiche, avrebbe senz’altro creato una lacuna normativa intorno ai soggetti legittimati alle operazioni, alle forme di acquisizione dei dati, alla loro conservazione, nonché alle modalità d’esercizio dei diritti di difesa del soggetto indagato.

A fronte di queste inequivoche considerazioni sul ruolo che (non) può assumere la Corte nell’ordinamento, essa decide, comunque sia, di non adottare una decisione di inammissibilità, bensì di esporre le ragioni di merito per cui ritiene la disciplina legislativa non irragionevole⁶, cogliendo i diversi profili emersi dalle argomentazioni contenute nell’ordinanza di rimessione e seguendone le tracce, non lasciando irrisolti i dubbi del giudice remittente. Ad avviso di chi scrive, anzi, nella [sentenza n. 20](#) la Corte riesce anche ad “arricchire” il ragionamento per come “intavolato” in sede di rimessione, per il tramite di una motivazione articolata, anche se non per questo completamente condivisibile.

Alludiamo al fatto che, con riferimento alla prima questione (1), ovvero alla diversità di opportunità investigative a seconda del mezzo tramite il quale l’indagato ha scelto di comunicare, la Corte non solo, seguendo l’indicazione del giudice *a quo*, opera il raffronto tra le due normative difformi, ma lo fa precedere da un *test* di ragionevolezza della disciplina del sequestro di corrispondenza, per la verità non indotto dalle considerazioni del remittente (cfr. punto 3.4 del cons. in dir.). Il sequestro, precisa la Corte, evidentemente diverso dall’intercettazione quanto a oggetto (in questo caso materialmente apprensibile), funzione ed effetti (esso comporta l’indisponibilità del bene sottratto al destinatario), rappresenta un efficace e ragionevole strumento che consente un certo tipo di controllo sulle comunicazioni cartacee. Una volta chiarito questo punto, mette a confronto le due fattispecie ritenendo legittima la distinzione tra le discipline, per cui in caso di conversazioni telefoniche o di messaggistica digitale si può procedere all’intercettazione del flusso comunicativo mentre in caso di corrispondenza epistolare si può procedere al sequestro della stessa, fondando la ragionevolezza della differenziazione sulla diversità del *medium* o, meglio, sul «suo diverso grado di materializzazione» (cfr. punto 3.5 del cons. in dir.). Qui, a nostro modesto avviso, il ragionamento della Corte non è precisamente centrato. E’ vero che non è «di per sé irragionevole che la restrizione del diritto alla segretezza delle comunicazioni, giustificata da esigenze di prevenzione e repressione dei reati, possa comportare la previsione di differenti mezzi di ricerca della prova, tecnicamente confacenti alla diversa natura del medium utilizzato per la comunicazione», ma se tale argomento prova in riferimento alla impossibilità di sequestrare flussi telefonici o informatici non vale in riferimento alla impossibilità di intercettare lettere. In altre parole, se l’unico *discrimen* fosse determinato dall’oggetto del controllo, si dovrebbe dire che lo spossessamento in cui si sostanzia il sequestro non è possibile in relazione a beni immateriali, mentre – a fronte, in ipotesi, delle medesime esigenze investigative di monitorare le comunicazioni consentendone la continuazione e all’insaputa dell’indagato – l’intercettazione è possibile sia in

⁵ Punto 5 del cons. in dir.

⁶ «L’esercizio [della] discrezionalità può essere censurato quando esso non rispetti il limite della ragionevolezza e dia quindi luogo ad una disparità di trattamento palesemente irrazionale ed ingiustificata» ha già, come noto, precisato la Corte costituzionale, in questo caso chiamata a valutare la necessità di un suo intervento *in malam partem* in tema di sanzioni penali (cfr. [Corte cost., n. 25 del 1994](#), p. 3 del cons. in dir., tra le altre). Con la pronuncia ricordata, similmente a quella che ci occupa, si decise di superare la fase d’ammissibilità e di adottare un dispositivo d’infondatezza, in quell’occasione preceduto da un’interpretazione della norma conforme a Costituzione.

relazione a beni immateriali che materiali (per il tramite, per esempio, delle trascrizioni, come avveniva da prassi). Invero, il quesito posto dal giudice *a quo* si limitava ad implicare l'indagine sulle ragioni per cui non fosse possibile intercettare anche la corrispondenza epistolare, senza coinvolgere né valutazioni sulla ragionevolezza delle previsioni sul sequestro della stessa (quando tale strumento sia maggiormente utile in relazione al tipo di indagine) né sull'intercettazione delle conversazioni telefoniche e telematiche come unica opzione per la captazione dei contenuti così comunicati.

Distinguendo tra costruzione del percorso argomentativo e suoi esiti, si può forse dire, da un lato, che è difficile stabilire perché non sia dia la possibilità di intercettare la corrispondenza cartacea di soggetti indagati, mentre tale possibilità esiste nel momento in cui si scelga il telefono o il computer come mezzi di comunicazione, ma che non è neanche necessario che la Corte costituzionale ricostruisca tali ragioni: una *disciplina disomogenea non risulta per forza manifestamente arbitraria*, soprattutto in materie costituzionalmente riservate alla discrezionalità legislativa (artt. 15 e 111 Cost.) e soprattutto quando, giova ribadirlo, una censura determinerebbe un intervento *in malam partem*. In assenza delle “rime obbligate”, qui non c'era spazio per tale intervento, non perché si debba celare la disomogeneità della disciplina, quanto perché non può spettare alla Corte porvi rimedio⁷: poteva dare “suggerimenti” in tal senso, adottando un rigetto con monito? Forse sì, ma, pur rappresentando l'unica valida alternativa al mero rigetto, anche dell'opportunità del monito è concesso dubitare quando ci si muove in materia di politica criminale, strumenti investigativi e riserve assolute di legge. Si può, invece, dire, dall'altro lato, che si presenta certamente interessante una decisione nella quale, invocato a parametro l'art. 3 Cost., la Corte mostri di sviscerare i diversi profili che esso contempla, integrando quello di uguaglianza in senso proprio con quello della ragionevolezza/proporzionalità⁸, aprendo a una prospettiva “sintetica” dei distinti piani che i giudizi in cui è implicato l'art. 3 ci offrono. Un approccio completo in ordine alla compatibilità dell'oggetto con quel parametro, sfaccettato, ma non un approccio “limitante”: non è detto che una misura astrattamente ragionevole rispetto al suo scopo non si palesi irragionevolmente differente rispetto ad una fattispecie simile, così come che due regimi giuridici omogenei per fattispecie simili non si palesino irragionevoli o incongrui rispetto ai fini da perseguire. Ci offre, in definitiva, una motivazione articolata, che, pur muovendosi nell'ambito del parametro evocato, fa emergere più profili di quelli in origine rilevati dal giudice remittente, dando un giudizio complessivo sulla norma oggetto (sul suo “intrinseco” e sulla relazione con le fattispecie simili).

⁷ Non è mancato chi abbia rilevato che forse «questa sorta di inviolabilità della corrispondenza epistolare», che si può inibire ma non intercettare, configura una disparità di trattamento difficilmente giustificabile (cfr. L. CUSANO PIRO, E. PIRO, *Manuale teorico e pratico delle intercettazioni*, Roma, 2013, 48); egualmente difficile è, però, sulla scorta di quanto si prova a trasmettere nel testo, ritenere che possa essere la Corte costituzionale a porre rimedio a questa situazione (sia quanto alla scelta del mezzo di ricerca della prova che quanto alle modalità operative e alle garanzie ad esso correlate).

⁸ Sui principi di ragionevolezza e proporzionalità la bibliografia è davvero ampia. Per i profili qui indagati si indicano, tra gli altri: AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc.dir., Aggiornamento*, Milano, 1997, 899 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; S. PAJNO – G. VERDE (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto*, Torino, 2004; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol.dir.*, 2006, 539 ss.; A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007; ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009; G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. CARTABIA E T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano 2009, 16 ss. Sul principio di proporzionalità, in particolare: A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012, 175 ss. Sull'utilizzo dei due principi nella giurisprudenza costituzionale: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, all'indirizzo telematico www.cortecostituzionale.it

Meritevole di attenzione è anche la soluzione del secondo profilo rilevato dal giudice remittente, ovvero della possibile violazione del principio di uguaglianza per le particolari modalità del controllo della corrispondenza epistolare previste dall'ordinamento penitenziario all'art. 18 *ter*⁹. La Corte in questo caso rimane nel perimetro tracciato dal giudice *a quo* ricercando le ragioni che giustificerebbero la diversità di disciplina: l'indagato-detenuto può continuare ad inviare e ricevere corrispondenza, pur se apposto il visto di controllo, e comunque è posto nelle condizioni di conoscere sempre l'esistenza del controllo medesimo, mentre per l'indagato-libero, come dicevamo, esiste la unica opzione del blocco delle comunicazioni derivante dall'eventuale sequestro. Ebbene, la Corte rovescia, esattamente, le considerazioni del giudice remittente.

Quest'ultimo aveva, infatti, sostenuto che «l'art. 18 *ter* ord. pen. attribuirebbe una sorta di status privilegiato rispetto a quello dell'indagato non detenuto, trattando in modo diseguale situazioni del tutto uguali [...]», quando tale differenziazione non sarebbe giustificata dall'essere prevista per un contesto nel quale occorre osservare particolari cautele per le indagini e i controlli: al contrario, l'ordinamento penitenziario contempla diversi strumenti non certo meno invasivi rispetto alla violazione della «privatezza o della segretezza delle comunicazioni»¹⁰, come la possibilità di effettuare intercettazioni ambientali o riprese video durante i colloqui con le persone in visita. Ad una valutazione complessiva delle misure previste dall'ordinamento penitenziario intorno alle comunicazioni dei soggetti ristretti, la Corte costituzionale perviene ad un esito opposto, perché a suo dire «la procedura mediante visto di controllo della corrispondenza postale dei detenuti di cui all'art. 18-ter dell'ordinamento penitenziario si affianca [...] ad ulteriori limitazioni e condizionamenti a cui la comunicazione con soggetti esterni è sottoposta. Unitamente agli altri strumenti contemplati dal medesimo art. 18-ter, l'apposizione del visto di controllo realizza, nello specifico ambito della detenzione in carcere, un bilanciamento tra le esigenze investigative legate alla prevenzione o alla repressione dei reati e i diritti dei detenuti, tra i quali la possibilità di intrattenere rapporti con soggetti esterni riveste una particolare importanza». E' proprio la considerazione del complesso delle restrizioni al diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni che il detenuto subisce in carcere (si fa riferimento ai contingentamenti e alle regolazioni dei colloqui personali e delle comunicazioni telefoniche, se autorizzate, di cui all'art. 18 o.p.: cfr. punti 4.1 e 4.2 del cons. in dir.) che conduce il giudice delle leggi a legittimare il trattamento speciale di cui all'art. 18 *ter* o.p.¹¹ Pare, invero, una convincente ricostruzione di un bilanciamento di interessi che finisce per giustificare la differenziazione di disciplina rispetto a quella applicabile all'indagato libero, non inserito in quel complesso contesto in cui vigono norme (e restrizioni) speciali.

3. La sentenza in commento, che dichiara assorbita, in chiusura, la questione riferita all'art. 112 Cost., lascia due impressioni. La prima riguarda l'adozione di un approccio complesso alle questioni che coinvolgono l'art. 3 Cost., in cui ragionevolezza ed eguaglianza si intrecciano, anche quando l'impostazione della *quaestio* in sede di rimessione non l'aveva paventato (ed indipendentemente dalla possibilità di dubitare di alcuni passaggi argomentativi). La seconda,

⁹ Sulla disciplina dell'art. 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario v. C. SANTINELLI, *Art. 18-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, 242 ss. (ivi ampi richiami alla dottrina e alla giurisprudenza in tema). Le coordinate costituzionali entro le quali deve essere studiato il tema delle intercettazioni delle comunicazioni interpersonali sono dettagliatamente tracciate in P. COSTANZO, [Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali \(un vademecum costituzionale\)](#), in questa [Rivista 2/2016](#), 23 maggio 2016, 231 ss.

¹⁰ Ordinanza di rimessione n. 67 dell'8 febbraio 2016 della Corte di assise d'appello di Reggio Calabria (*G.U.* n. 14 del 6-4-2016).

¹¹ Pare giocare un ruolo importante anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha preceduto la novella legislativa di cui all'art. 18 e 18 *ter*. «Deve inoltre ricordarsi» - afferma infatti la Corte costituzionale - «che la disciplina dettata dall'art. 18-ter della legge n. 354 del 1975, come modificata dalla legge n. 95 del 2004, rappresenta un delicato punto di equilibrio raggiunto dal legislatore, anche a seguito di numerose decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui l'Italia veniva ripetutamente condannata per violazione degli artt. 8 e 13 CEDU (*ex multis*, sentenze 21 ottobre 1996, Calogero Diana contro Italia; 15 novembre 1996, Domenichini contro Italia; 6 aprile 2000, Labita contro Italia; 26 luglio 2001, Di Giovine contro Italia; 14 ottobre 2004, Ospina Vargas contro Italia)»: cfr. punto 4 del cons. in dir.

decisamente ancorata al caso di specie, è che la ragione per cui la Corte è entrata nel merito, evitando l'inammissibilità, risiede nella volontà di affermare la propria posizione in ordine alla legittimità delle previsioni speciali dell'ordinamento penitenziario, essendo il contesto carcerario la sede di bilanciamenti più complessi¹² e per questo un coacervo di norme articolato in garanzie specifiche e inevitabili compressioni dei diritti della persona, come ha più volte mostrato di ritenere anche la giurisprudenza internazionale. Se la questione avesse interessato la sola omessa previsione delle intercettazioni della corrispondenza epistolare, a fronte del chiaro e recente orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità fondato sull'esistenza della riserva di legge assoluta in materia, la Corte si sarebbe forse fermata alla dichiarazione di inammissibilità, perché non avrebbe avuto la necessità di veicolare una propria particolare posizione; avrebbe invece rispettato la discrezionalità legislativa per come già salvaguardata dal "diritto vivente". Forse, se l'indagato non fosse stato detenuto, la Corte avrebbe reso altro tipo di pronuncia.

¹² Al tema ha dedicato diversi contributi Marco Ruotolo. Da ultimo, con specifico riferimento al contributo della giurisprudenza costituzionale: M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in [Rivista AIC](#), fasc. 3/2016, 6 agosto 2016.

Francesca Bailo
Il principio di legalità in materia penale quale controlimita all'ordinamento
eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!)
della Corte costituzionale dopo il caso Taricco

SOMMARIO: 1. Il “caso Taricco” e il seguito dato dai giudici nazionali. – 2. La decisione della Corte e il rinvio pregiudiziale: la dottrina dei controlimiti. – 3. *Segue*: la natura (sostanzialmente penale) della prescrizione, la riserva di legge e il principio di determinatezza della fattispecie penale. 4. *Il self restraint* della Corte e il possibile *élan vital* della Corte di giustizia. – 5. Qualche osservazione conclusiva.

1. *Il “caso Taricco” e il seguito dato dai giudici nazionali.*

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea promosso dalla Corte costituzionale con l'[ordinanza n. 24 del 2017](#) è stato originato dalla sollevazione da parte della Corte di cassazione e della Corte di Appello di Milano¹ della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 2 agosto 2008, n. 130, di autorizzazione alla ratifica e all'esecuzione del Trattato di Lisbona e, più precisamente, dell'art. 325, parr. 1 e 2, del TFUE, così come da ultimo interpretato dalla stessa Corte di giustizia, Grande Sezione, nel ben noto “[caso Taricco](#)”², per contrasto con gli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione.

I giudici *a quibus*, infatti, una volta trovatisi a decidere in ordine a reati di frode fiscale puniti dal d.lgs. n. 74 del 2000 e attinenti alla riscossione dell'IVA – reati che sarebbero stati da ritenersi pianamente prescritti in base al diritto interno per l'applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. – avrebbero dovuto procedere alla loro condanna, indipendentemente dal decorrere dei termini di prescrizione, alla luce di quanto statuito dal giudice eurounitario nell'appena menzionato [caso Taricco](#), laddove si è stabilito che la normativa nazionale avrebbe pregiudicato gli artt. 325, parr. 1 e 2, del TFUE, nell'ipotesi in cui avesse impedito “di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea”: di qui anche l'ordine al giudice nazionale di dare piena efficacia all'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE “disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli” (§ 58).

La stessa Corte di cassazione, in un precedente analogo caso, aveva d'altro canto ritenuto di doversi limitare a dare puntuale applicazione al dispositivo della Corte di giustizia, avallando, tra l'altro, l'approccio alla natura “processuale” dell'istituto della prescrizione³, mentre, in almeno altri due casi, aveva più cautamente deciso di non dover disapplicare la disciplina interna, vuoi a motivo della insussistenza, nei casi di specie, del requisito della “determinazione della soglia minima di

¹ Il riferimento è a Corte App. Milano, ord. 18 settembre 2015, nonché a Cass. pen., III sez., ord. 8 luglio 2016, rispettivamente iscritte al n. 339 del registro ordinanze 2015 e al n. 212 del registro ordinanze 2016 e pubblicate in *G.U.* nn. 2 e 41, prima serie speciale, dell'anno 2016. Analoghe questioni di legittimità costituzionale, ancora *sub iudice*, sono state promosse dal Tribunale di Siracusa con ordinanza del 25 maggio 2016, notificata in data 18 settembre 2016, iscritta al n. 228 del registro ordinanze 2016 e pubblicata nella *G.U.* n. 46, prima serie speciale, dell'anno 2016, nonché da Cass. pen., III sez., ord. 1° agosto 2016, notificata in data 26 novembre 2016 e iscritta al n. 2 del registro ordinanze 2017, pubblicata in *G.U.* n. 6, prima serie speciale dell'anno 2017.

² Il riferimento è a [Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco et a.](#)

³ Al proposito, cfr. Cass. pen., sez. III, sent. 20 gennaio 2016, n. 2210, in *Giur. it.*, 2016, 965 ss., con osservazioni di F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, *ibidem*, 965 ss., nonché di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 gennaio 2016.

gravità delle frodi”, vuoi perché aveva considerato di doversi atteggiare diversamente a seconda che, al momento della pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia, la prescrizione fosse già maturata ovvero fosse ancora pendente⁴.

Forse anche per la pluralità di soluzioni ermeneutiche adottate, la Corte di cassazione ha, dunque, deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale, in linea con quanto già dedotto dalla Corte d'appello di Milano nella propria ordinanza di rimessione (che però ha lamentato il contrasto delle norme impugnate solo con l'art. 25 Cost.). In sostanza, entrambe le corti nazionali hanno formulato riserve circa la compatibilità della soluzione fornita dalla Corte di giustizia con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale nazionale e la salvaguardia dei diritti inalienabili della persona, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale, visto che, da un lato, la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., anche per le condotte anteriori alla data di pubblicazione della pronuncia della Corte di giustizia, avrebbe determinato un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva e, dall'altro lato, la stessa statuizione del giudice eurounitario sarebbe stata carente di quella determinatezza che avrebbe dovuto caratterizzare il sistema penale, specie laddove non sarebbe stato chiarito quando le frodi avrebbero dovuto ritenersi “gravi”, nemmeno specificandosi quando sarebbe ricorso quel “numero considerevole di casi di impunità” tale da imporre la disapplicazione della normativa interna sulla prescrizione.

2. La decisione della Corte e il rinvio pregiudiziale: la dottrina dei controlimiti.

A fronte dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati⁵, la Corte costituzionale, pur affermando chiaramente il proprio orientamento sulla questione, ha preferito sospendere il proprio giudizio, rinviando, a sua volta, la questione, alla Corte di giustizia⁶, invocando, tra l'altro, il procedimento accelerato di cui all'art. 105 del Regolamento di procedura del 25 settembre 2012, a motivo del “grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione”, generatosi su processi penali pendenti che, ad avviso della stessa Corte costituzionale, “è urgente rimuovere quanto prima”.

La Corte costituzionale ha, infatti, dato “per acquisito” il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 11 Cost.⁷, ma ha risolutamente confermato che nel caso, pur “sommamente improbabile”, che venisse meno il rispetto, da parte di specifiche ipotesi normative, dei principi supremi dell'ordinamento e dei diritti inalienabili della persona “sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi”. E, in effetti, per questa via, ha sottolineato che, senza dubbio alcuno, il principio di legalità in materia penale esprime un principio supremo dell'ordinamento, posto com'è a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, nella parte in cui esige, alla luce dell'art. 25, comma 2, Cost., che le norme penali siano determinate e che non abbiano in nessun caso portata retroattiva: condizioni, queste ultime, che, per l'appunto, impedirebbero l'ingresso nel nostro ordinamento dell'art. 325 TFUE, così come interpretato, da ultimo, dalla Corte di giustizia nel più volte richiamato [caso Taricco](#).

⁴ Al proposito, cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 26 febbraio 2016, n. 7914, con osservazioni di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 marzo 2016; Id., sez. IV, sent. 24 ottobre 2016, n. 44584.

⁵Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha sottolineato che “bene hanno [...] fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale”. Sul punto, cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 febbraio 2017, 3, secondo cui si tratta di “un significativo momento di cesura nel processo di irradiazione in sede diffusa – ormai pienamente dispiegato – del controllo accentrato di costituzionalità, che ha un suo catalizzatore essenziale proprio nella diretta applicabilità del diritto UE e nel correlativo potere/dovere di disapplicazione “*per saltum*” del giudice comune – così come più in generale nella “*domestication*” del diritto sovranazionale – in rapporto di interlocuzione diretta con le alte Corti”.

⁶ Come noto, si tratta del secondo rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia per la via incidentale, dopo [Corte cost., ord. 18 luglio 2013, n. 207](#).

⁷ Al proposito cfr. già Corte cost., sentt. [n. 232 del 1989](#), [n. 170 del 1984](#) e [n. 183 del 1973](#).

Su tali basi, la Corte costituzionale ha ritenuto di dover sottoporre al giudice eurounitario alcune questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione dell'art. 325, parr. 1 e 2, del TFUE e, più precisamente, se la regola di diritto dallo stesso stabilita, alla luce del [menzionato caso giurisprudenziale](#), imponga effettivamente al giudice penale di disapplicare la normativa nazionale con essa contrastante “quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata”, “quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità”, nonché “quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

3. Segue: *la natura (sostanzialmente penale) della prescrizione, la riserva di legge e il principio di determinatezza della fattispecie penale.*

Alla sollevazione di tali dirimenti questioni pregiudiziali, peraltro, la Corte costituzionale è approdata attraverso un'articolata e puntuale motivazione che segna uno snodo fondamentale non solo in una prospettiva interna ma, soprattutto, in una prospettiva sovranazionale, ventilando con puntuale e inedita concretezza l'innalzamento di paletti al primato del diritto dell'Unione in favore della sovranità degli Stati.

Quanto al primo versante, pur nel tentativo di effettuare un'interpretazione conforme della norma eurounitaria, il giudice costituzionale ha, infatti, recisamente riaffermato che il regime legale della prescrizione, nel nostro ordinamento, soggiace al principio di legalità, trattandosi di un istituto che incide sulla punibilità della persona⁸, diversamente dall'approccio seguito da altri Stati membri dell'UE e fatto proprio nell'occasione dalla stessa Corte di giustizia⁹ (oltreché, già in precedenza, dalla Corte Edu¹⁰), che accedono ad una concezione meramente processuale di detto istituto. Ciò che, del resto, ad avviso del giudice costituzionale, non costituirebbe un problema non essendoci, allo stato, una qualche esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo¹¹: talché questa circostanza non sarebbe stata posta in dubbio neppure da parte del giudice europeo, benché, nel più volte menzionato [caso Taricco](#), proprio in ragione del riconoscimento della natura processuale dell'istituto, esso abbia escluso possa per esso trovare applicazione l'art. 49 della Carta di Nizza (così come l'art. 7 Cedu), col ritenere che una proroga dei termini di prescrizione non comporti una lesione dei diritti di legalità in esso garantiti.

⁸ Sul punto, cfr. particolarmente [Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143](#), secondo cui “Sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) – la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale [...], la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune» [...]; dall'altro, «al “diritto all'oblio” dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela»”. In senso analogo, cfr. anche [Corte cost., sent. 1° agosto 2008, n. 324](#), secondo cui “È pacifico, infatti, che la prescrizione, quale istituto di diritto sostanziale, è soggetta alla disciplina di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen. che prevede la regola generale della retroattività della norma più favorevole, in quanto «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva»”, nonché [Id., sent. 23 novembre 2006, n. 393](#) e, già in precedenza, [Id., sent. 31 maggio 1990, n. 275](#).

⁹ [Corte giust., sent. 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco et al.](#), cit., §§ 56 e 57. Peraltro, lo stesso Giudice sembrava aver aderito alla natura sostanziale della prescrizione attribuita dall'ordinamento nazionale in Corte giust., I sez., sent. 28 settembre 2006, in causa C-467/04, *Gasparini*. Per tale rilievo, cfr., in dottrina, C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 5 ottobre 2016, 16.

¹⁰ Sul punto, cfr. particolarmente [Corte Edu, sez. II, sent. 22 giugno 2000, Coëme e a. c. Belgio, req. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96](#), specc. §§ 148 e 149; [Id., Grand Chamber, sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia n. 2, req. n. 10249/03](#), § 110.

¹¹ Sul punto, cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 6, secondo cui “La Corte, dunque, non contesta la vorace «autoattribuzione di competenze» che pure, come noto, non ha mancato di suscitare reazioni di rigetto da parte di autorevoli tribunali costituzionali; né disputa in punto di «effetti diretti» [...]; si limita, piuttosto, a lavorare per sottrazione, eccettuando la prescrizione dal magnetismo centripeto dell'armonizzazione”.

Sul secondo versante, la Corte costituzionale, in una sorta di serrato “dialogo a distanza” con la Corte di Lussemburgo (che aveva chiarito come il giudice nazionale avrebbe potuto disapplicare le norme interne ritenute in contrasto con l’art. 325 TFUE “senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”), ha comunque accolto le doglianze dei giudici rimettenti, procedendo alla verifica del rispetto, da parte della c.d. “[sentenza Taricco](#)”, del requisito della determinatezza della fattispecie penale, in relazione sia alla ragionevole conoscibilità della previsione da parte degli interessati al momento della commissione del fatto di reato, sia alla riserva di legge al proposito prescritta, che non consentirebbe valutazioni discrezionali del giudice di politica criminale. Ciò sottolineando, peraltro, che detto requisito avrebbe dovuto essere inteso non solo come “principio supremo dell’ordinamento nazionale”, ma anche come corollario del principio di certezza del diritto riconosciuto, in quanto tale appartenente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dalla stesa Corte di giustizia¹². Sicché “il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell’applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate”, generandosi, in caso contrario, una decisione giudiziaria assunta “caso per caso”, vietata “senza dubbio” dal principio di separazione dei poteri di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.¹³, rilevando, così, che “non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi, cui è subordinato l’effetto indicato dalla Corte di giustizia”, e concludendo, dunque, che non è possibile che “il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest’ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell’ordinamento”.

Ricorrendo anche alla giurisprudenza della Corte Edu sull’art. 7 Cedu e, in particolare, alla affermata necessaria conoscibilità dei reati e delle pene da questo garantiti¹⁴, quale “principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale”, la Consulta ha altresì segnalato che, sulla base della premessa della natura sostanziale della prescrizione nell’ordinamento interno, potrebbe, essere vagliata la compatibilità della regola enunciata dalla Corte di giustizia con la stessa Cedu, anticipando il convincimento che l’interessato non potesse ragionevolmente pensare, prima della

¹² Il riferimento è stato a [Corte di giustizia, V sez., sentenza 12 dicembre 1996 in cause C-74/95 e C-129/95](#), § 25, secondo cui, in particolare, “il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell’imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge. Tale principio, che fa parte dei principi generali di diritto poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato altresì sancito da diversi trattati internazionali e, in particolare, dall’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

¹³ Al proposito, cfr., ancora, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 8, secondo cui “Sarà un segno dei tempi: ma in meno di un lustro – sia detto solo per inciso – è la seconda volta, a quanto ci consta, che il giudice costituzionale – dopo la celebre [sentenza n. 230 del 2012](#) che ha negato l’equiparabilità tra mutamento giurisprudenziale e *abolitio criminis* – si sente costretto ad evocare un «sovraprincipio» come la «separazione dei poteri» – a lungo assunto a premessa tacita di ogni discorso sulla penalità –, valorizzandolo nella giusta sinergia con la garanzia della riserva di legge. Il richiamo, quindi, sembra quasi voler arginare (o esorcizzare) trasformazioni *in progress* che comporterebbero – o stanno comportando – modifiche strutturali di un ordinamento a base legale, quale il nostro, se non una vera e propria «sovversione di sistema»: torsioni tutte incompatibili con l’assetto costituzionale degli Stati membri di *civil law* che «non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi ciò possa avvenire»”.

¹⁴ Al proposito, infatti, la Corte costituzionale ha ricordato che la Corte Edu, pur non negando che lo Stato aderente possa riconoscere alla prescrizione carattere processuale nel già richiamato [Affaire Coëme e a. c. Belgio](#), ugualmente la stessa si è riservata di sanzionarlo quando, in materia penale, non vi sia una base legale certa e prevedibile a sorreggere l’estensione del potere punitivo pubblico oltre il limite temporale previsto al tempo del fatto in [Corte Edu, sez. I, sent. 20 settembre 2011, Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos contro Russia, req. n. 14902/04](#). In ordine al più generale principio della prevedibilità della regola, alla luce dell’art. 7 Cedu, e alla necessità che la stessa abbia base legale, la Corte ha poi richiamato [Corte Edu, Grand Chamber, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, req. n. 42750/09, § 93](#)).

[sentenza Taricco](#), “che l’art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l’impunità di gravi frodi fiscali in danno dell’Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione”.

4. *Il self restraint* della Corte e il possibile *élan vital* della Corte di giustizia.

Ciò che peraltro sembra particolarmente rilevare è che, pur nel quadro di attendibili specifici (e rilevanti) profili di incompatibilità tra l’ordinamento eurounitario e quello nazionale, la Corte costituzionale abbia in certo modo fornito al giudice eurounitario importanti indicazioni volte, neanche tanto velatamente, a scongiurare uno “strappo” con la medesima e rimediare, così, all’evidente *impasse*.

Essa, infatti, chiedendosi esplicitamente e risolutivamente se la ridetta Corte di giustizia “abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell’ordinamento italiano” e, pur mostrando – con una certa retorica – di ritenere “il contrario”, ha tentato di delineare i rapporti tra l’Unione e gli Stati membri, sottolineando che, in base all’art. 4, par. 3, TUE, questi sono improntati al principio di leale cooperazione che “implica reciproco rispetto e assistenza”, e “comporta che le parti siano unite nella diversità” dimodoché “non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell’unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza”, pervenendo ad affermare che il primato dell’Unione “non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali”, ma “riflette piuttosto il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali”, senza però alcuna rinuncia alla salvaguardia dell’identità nazionale “insita nella struttura fondamentale dello Stato membro”, pena la dissoluzione da parte degli stessi Trattati europei dello stesso fondamento costituzionale dal quale hanno tratto origine¹⁵.

Per questa via, il giudice costituzionale ha, dunque, fornito alla Corte di giustizia argomentazioni utili per un “ripensamento consapevole”, con il sottolineare che quest’ultima “non può essere ulteriormente gravata dall’onere di valutare nel dettaglio” se quanto statuito sia compatibile con l’identità costituzionale di ciascun Stato membro, dovendo essere piuttosto ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia “di non immediata evidenza”, essa provveda a stabilire il significato della normativa dell’Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale. Valutazione, questa, correttamente

¹⁵ Sul punto, cfr. G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Diritti comparati](#), 20 febbraio 2017, secondo cui “L’idea, insomma, è di far generare già dall’interno del diritto dell’UE quei dispositivi idonei a rendere l’utilizzo dei controlimiti a livello nazionale qualcosa che non incrina il paradigma dell’uniforme applicazione del diritto eurounitario, ma al contrario contribuisce a rafforzare la possibile continuità di valore tra i diversi sistemi”. In senso analogo, cfr. anche M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in [Verfassungsblog on matters constitutional](#), 28 gennaio 2017, 5, secondo i quali “This factor is to a certain degree surprising since what a constitutional court would be expected to object to the application of EU law is that its constitutional identity may be undermined. Instead, the ICC takes a different view and, even without neglecting the relevance (also) of the constitutional identity, it focuses more on the notion of constitutional tradition(s). In other words, the ICC seems to propose, with regard the constitutional conflict, an alternative language, with regard the protection of the untouchable core of the constitutional legal order, in comparison with identity based language spoken by the German Constitutional Tribunal in, for instance, *Gauweiler*. It is the language of the necessary protection of constitutional tradition, which turns out to be by design a European law concept and for sure is more in line with the actual season of cooperative constitutionalism in Europe. This is another important signal of the cooperation that the ICC wishes to establish with the CJEU. A court willing to contrast the enforcement of EU law and, maybe, even its primacy would have played the game differently, through the stronger defense of the constitutional identity”.

compiuta visto che, pur stabilendo che l'art. 325 TFUE ha efficacia diretta¹⁶ e che comporta l'obbligo di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione dei reati qualora, nei casi e alle condizioni individuate, comprometta l'effettività della sanzione ed escludendo, solo con riferimento al divieto di retroattività della sanzione penale, che la ridetta regola contrasti con l'art. 49 della Carta di Nizza e con l'art. 7 Cedu, "pare" aver demandato agli organi nazionali competenti il compito di verificare la compatibilità di detta regola con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano. Precisamente, al § 53 della [sentenza Taricco](#), essa ha, infatti, affermato che "se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati", aggiungendo, altresì, al § 55, che la disapplicazione va disposta "con riserva di verifica da parte del giudice nazionale in ordine al rispetto dei diritti degli imputati".

Verifica, questa, che spetterebbe alla stessa Corte costituzionale effettuare, determinandosi l'eventuale non applicazione della regola incompatibile, che comporterebbe quindi la cessazione di "ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta".

Inoltre, essa ha tenuto a sottolineare ancora una volta che l'interpretazione dalla stessa fornita "non compromette[rebbe] le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità", rimarcando che ciò non intende porre "in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE" ma che l'impedimento del giudice nazionale ad applicare la regola enunciata "non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.": "qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale"¹⁷ e, come parimenti evidenziato, integrante un "livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU", come tale "salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione".

Così, oltreché ancorare le proprie motivazioni alla citata clausola della Carta, la Corte si è richiamata ad un precedente della stessa Corte di giustizia per ricordare che essa "ha riconosciuto che le modalità con le quali ciascuno Stato membro tutela i diritti fondamentali della persona, anche quando questo comporta una restrizione alle libertà attribuite dai Trattati, non devono necessariamente essere le stesse"¹⁸, precisando ancora – forse in modo audace¹⁹ – che il caso di

¹⁶ Peraltro, per alcuni dubbi sulla precettività dell'art. 325 TFUE, essendo piuttosto riconducibile alle "norme di principio", cfr. già R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in [Federalismi](#), 29 febbraio 2016, 8, nonché D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in [SIDiblog](#), 25 febbraio 2017.

¹⁷ Sul punto, cfr., ancora, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 11, secondo cui "Senonché, proprio questo punto era – per così dire – la madre di tutti i problemi, e sarebbe stato forse opportuno entrare *in medias res*, anche in vista di possibili evoluzioni future [...]: la tesi degli «effetti diretti» discendenti dall'art. 325 TFUE – aggirando l'art. 83 TFUE – implica infatti la legittimazione di iniziative promosse (non solo mediante «direttive di armonizzazione» bensì anche) con regolamenti, normative direttamente applicabili e dunque potenziali strumenti di competenza penale *diretta*. Con problemi – certo non solo in punto di «riserva di legge» – che rischiano di ripresentarsi in forma aggravata".

¹⁸ Al proposito, cfr. [Corte di giustizia, sent. 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn](#).

¹⁹ Al proposito, cfr. le suggestive osservazioni di M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 24 febbraio 2017, 21, secondo cui "il raffronto con la [sentenza Melloni](#) rischia di aprire la porta ad un pericoloso ragionamento *a fortiori*: se il limite della maggiore tutela apprestata dall'ordinamento statale *ex art. 53 CDFUE* non opera nel settore del mutuo riconoscimento e della cooperazione giudiziaria – perché potrebbe comprometterne l'efficacia – a maggior ragione ciò dovrebbe valere per il settore della tutela degli interessi finanziari UE". In senso analogo, cfr. anche C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in

specie si distingue “nettamente” da quanto deciso dal giudice eurounitario nel noto “[caso Melloni](#)”²⁰ (che aveva determinato l’accettazione, da parte del Tribunale costituzionale spagnolo, di un arretramento delle condizioni di protezione dei diritti assicurati sul piano nazionale²¹, diversamente dalla posizione al proposito assunta, in aperto conflitto, dalla Corte costituzionale tedesca²²), asserendo, a più riprese, che nella fattispecie in esame non sarebbe posto in discussione né il primato del diritto dell’Unione, né la regola enunciata dalla [sentenza Taricco](#), trattandosi di un impedimento che non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale al diritto dell’UE, ma dalla “circostanza”, esterna all’ordinamento europeo, per cui “la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale”.

Quasi a voler fornire un’ulteriore via d’uscita alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha, infine, sottolineato che nella [sentenza Taricco](#) si è esclusa l’incompatibilità della regola ivi affermata con l’art. 49 della Carta solo in relazione al divieto di retroattività, mentre non è stato esaminato l’altro profilo del principio di legalità in esso contenuto, “ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata”, principio inerente alle “tradizioni costituzionali degli Stati membri”, come sancito dallo stesso giudice europeo in una ormai risalente [sentenza del 1996](#)²³, presente anche nel sistema delineato dalla Corte Edu.

5. *Qualche osservazione conclusiva.*

Volendosi formulare qualche sintetica e sparsa riflessione di sintesi, non può non condividersi l’idea, già avanzata da autorevole dottrina, per cui appare particolarmente apprezzabile

[Euroius.it](#), 29 gennaio 2017, secondo cui “l’impostazione della Consulta non convince fino in fondo, specie allorché si rifletta sul consolidato orientamento della Corte di giustizia, secondo cui, anche quando il legislatore nazionale opera nell’esercizio di una competenza a lui riservata almeno in linea di principio (come nel caso di specie, trattandosi di definizione della portata dell’istituto della prescrizione), è comunque tenuto al rispetto del diritto dell’Unione (v., per tutte, [Cowan](#), pt. 19; [Calfa](#), pt. 17)”. Ancora, cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 10, secondo cui “Tale distinzione, tuttavia, affonda le sue radici su un profilo inevaso, in punto di base giuridica, e su un’alternativa non chiarita: infatti, o si considera la materia delle frodi all’IVA «comunitarizzata» – sulla traccia della sentenza [Åkerberg Fransson \(C-617/10\)](#) –, ed allora è il distinguo con la [sentenza Melloni](#) (peraltro concernente una decisione quadro...) diventa più arduo; oppure non lo è (più), e allora *quicumque faber fortunae suae*. La via di mezzo – materia «comunitarizzata», tanto da fomentare «effetti diretti», ma «a geometria variabile», giacché tali effetti sarebbero soggetti, almeno in Italia, alla mannaia della Corte costituzionale – sembrerebbe un compromesso (salvifico e condivisibile, beninteso, ma) forse non del tutto coerente con la concezione per così dire «monistica» seguita dalla giurisprudenza europea, fulcro dell’armonizzazione: la base giuridica – nel nostro caso, l’art. 325 TFUE – e la stessa *primauté* del diritto UE assomiglierebbero molto ai numeri immaginari del giovane Törless, utili per una dimostrazione scientifica dalla quale poi, fatalmente, scompaiono”. Peraltro, sul punto, cfr. anche le osservazioni di M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision*, cit., 4 s., secondo i quali, al contrario, “*This clarification is a very important aid that the ICC is offering to the CJEU. The ICC, in fact, aims at preventing any possible tension surrounding the need to safeguard the primacy of EU law and, generally speaking, the supremacy of the European Union. In the view of the ICC, there is no such burden for the judges sitting in Luxembourg because the ICC expressly excludes that the question to be examined is a matter of primacy and, accordingly, of supremacy of legal orders*”.

²⁰ [Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, Melloni](#), spec. § 63, secondo cui “permettere ad uno Stato membro di valersi dell’articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l’uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l’effettività della suddetta decisione quadro”.

²¹ Sul punto, cfr. *Tribunal constitucional*, sent. 13 febbraio 2014, n. 26, con osservazioni di F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlimiti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 marzo 2014.

²² Corte costituzionale tedesca, sent. 15 dicembre 2015, RG. 2 BvR 2735/14, con osservazioni di N. CANESTRINI, *Questione di dignità? L’identità costituzionale degli Stati membri come controlimite al primato del diritto comunitario, da Melloni a R. (aspettando la decisione sul caso Taricco). Un commento alla sentenza del 15 dicembre 2015 del Bundesverfassungsgericht, ricorrente R.*, in [Unione delle Camere Penali Italiane, Documenti](#), 8 febbraio 2016.

²³ Il riferimento è stato a [Corte di Giustizia, sent. 12 dicembre 1996, in cause C-74/95 e C-129/95](#), cit.

l'atteggiamento di *self-restraint* dimostrato dalla stessa Corte costituzionale nel voler “decidere di non decidere”, rinviando la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Non può nemmeno farsi a meno di leggere nella stessa ordinanza di rinvio “un vero e proprio ultimatum col quale si chiede al giudice eurounitario di ripensare *ab ovo* il verdetto emesso su [Taricco](#)”²⁴, adeguandosi alle indicazioni fornite, con l’“esporre” – e non ancora “opporre” – i controlimiti²⁵, anticipando già – fatti salvi futuri ripensamenti²⁶ – la decisione di merito a cui il giudice costituzionale perverrà sia per il caso in cui il giudice eurounitario decida di “conformarsi” (nel qual caso è prevedibile una pronuncia di rigetto) oppure no (in tal caso verosimilmente concordando, per l'appunto, sulla lamentata lesione dei controlimiti) alle ragioni esplicitamente espresse nella stessa ordinanza di rinvio.

Nell'attesa di verificare fino a dove arriverà il dialogo tra le ridetti Corti – non potendosi, peraltro, del tutto escludere che, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, in punto di legalità venga chiamata ad esprimersi anche la Corte Edu – pare potersi rilevare come, allo stato, le posizioni dei due Giudici, malgrado un certo *self-restraint*, siano sembrate piuttosto rigide, nessuno dei due avendo ritenuto di dover ricorrere a un bilanciamento dei principi in campo.

Come condivisibilmente sostenuto da una parte della dottrina²⁷, la Corte di giustizia, per parte sua, si è limitata infatti a porre in rilievo il primato del diritto dell'Unione senza prendere nella dovuta considerazione pure le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri su cui ha originariamente costruito la propria giurisprudenza a tutela dei diritti²⁸; e, dall'altra parte, la Corte costituzionale (che pure avrebbe forse potuto uniformarsi al più recente e sia pur minoritario orientamento della Cassazione²⁹ per un ripensamento sulla natura della prescrizione³⁰, la cui

²⁴ In questo senso, cfr. A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista](#), 2017, I, 81 ss. In senso analogo, cfr. anche G. CUPELLI, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia](#), in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 gennaio 2017.

²⁵ Si ricordi che, malgrado la ridetta teoria dei controlimiti fosse già stata enunciata nei precedenti richiamati, *supra*, alla nota 7, la pronuncia in commento ne fa una prima applicazione “in concreto” dopo che la medesima teoria era già stata azionata, in relazione però all'art. 10 Cost., con [Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238](#). Per una approfondita ricostruzione dei controlimiti e, in genere, dei conflitti tra fonti nazionali e fonti Ue, in dottrina, *ex multis* e più di recente, cfr. particolarmente P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (curr.), [Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione Europea](#), Torino, 2014, specc. 315 ss.; A. RUGGERI, [Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?](#), in questa [Rivista](#), 5 febbraio 2015, 33 ss.; ID., [Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali](#), in [Quad. cost.](#), 4/2015, 931 ss.; P. FARAGUNA, [Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale](#), Milano, 2015; R. CALVANO, [La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0](#), cit.; A. BERNARDI (cur.), [I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali](#), Atti del Convegno su «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali», Ferrara 7-8 aprile 2016, Napoli, 2017; A. MORELLI, [La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale](#), in [Federalismi.it](#), 17 febbraio 2017, specc. 8 ss.

²⁶ Sul punto, cfr., ancora, A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco](#), cit., 82, secondo cui “in occasione dell'adozione di ogni nuova decisione possono coagularsi in seno al collegio decidente consensi diversi rispetto anche ad un recente passato (specie a causa di mutamenti nella composizione del collegio stesso). Se così non fosse, non si avrebbero – come, invece, non di rado si hanno – capovolgimenti di fronte e di orientamenti sopra una medesima questione, senza che a ciò osti la esistenza di contrari e, apparentemente, ben saldi precedenti”.

²⁷ Sul punto, cfr., ancora, A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco](#), cit., 82 ss.

²⁸ Per tutti, cfr. [Corte di giustizia, sent. 14 maggio 1974, in causa C- 4/73, Nold](#).

²⁹ Il riferimento è, in particolare, a Cass. pen., sez. III, sent. 20 gennaio 2016, n. 2210, cit., su cui cfr., *amplius*, *supra*, alla nota 3, ma, nel senso dell'imprescrittibilità dei delitti astrattamente sanzionabili con l'ergastolo, anche alla luce della sentenza della Corte di giustizia nel [caso Taricco](#), cfr. Cass. pen., sez. II, 12 aprile 2016, n. 15107, con osservazioni di S. BERNARDI, [Prescrizione e strage alla luce del diritto europeo: una nuova problematica sentenza della Cassazione](#), in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 5 luglio 2016.

³⁰ Sul punto, cfr., da ultimo, M. CAIANIELLO, [Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea](#), cit., nota 2, laddove si segnala il tentativo di una parte della dottrina penalistica di ricostruire l'istituto della prescrizione in termini processuali e non già sostanziali anche nel sistema nazionale, alla luce delle più recenti pronunce della Corte Edu e della Corte di giustizia. Peraltro, in ordine alla permeabilità al principio di legalità anche del diritto processuale penale, cfr., tra gli altri, S. MARCOLINI, [La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale](#), in [Cass. pen.](#), 2016, 362 ss.

disciplina è stata già peraltro fortemente contestata dal Giudice di Starsburgo nel noto *Affaire Cestaro*³¹) ha ritenuto di non dover ricercare un punto di incontro tra il principio di legalità e la lesione dei diritti pure vantati dall'Unione per i danni recati dalle gravi frodi fiscali perpetrate e punite in modo non sufficientemente dissuasivo dal sistema penale disegnato dal legislatore italiano³². Ciò anche se l'attitudine mostrata dalla Corte costituzionale potrebbe sembrare maggiormente giustificabile, almeno in una prospettiva interna, visto che, mentre il principio di legalità – a sua volta declinato, tra l'altro, nella necessaria determinatezza della fattispecie incriminatrice e nell'irretroattività della legge penale – assurge sicuramente a principio supremo dell'ordinamento e come tale configurabile quale “controlimite” all'ingresso nel nostro ordinamento di norme con esso contrastanti, più controverso potrebbe ritenersi il valore dell'altro diritto in contestazione, non parendo conferenti né la protezione a questo fornita in forza dell'art. 11 Cost., se non ponendosi preliminarmente in discussione la stessa teoria dei controlimiti, né la maggior “cedevolezza” dimostrata dalla stessa Corte costituzionale nella più recente giurisprudenza per le materie coperte dall'art. 81 Cost.³³, specie in relazione agli effetti temporali delle proprie decisioni³⁴.

Sia pur nell'incertezza degli scenari futuri, e ferma restando la responsabilità dello Stato per il caso in cui la disciplina interna di recepimento degli obblighi europolitari non sia da ritenersi sufficientemente dissuasiva³⁵, sembra, in ultimo, potersi almeno affermare che, comunque si evolva la vicenda giurisprudenziale, la stessa rappresenterà un importante crocevia nei rapporti

³¹ [Corte Edu. sez. IV, sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, req.n. 6884/11](#), specc. §§ 208 e 225 con cui, premettendosi che “*La Cour a également jugé que, en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine. Au demeurant, l'application de la prescription devrait être compatible avec les exigences de la Convention. Il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception*”, si è infine rilevato che “que c'est la législation pénale italienne appliquée en l'espèce (paragraphes 88-102 ci-dessus) qui s'est révélée à la fois inadéquate par rapport à l'exigence de sanction des actes de torture en question et dépourvue de l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres violations similaires de l'article 3 à l'avenir”. Al proposito, cfr. anche le osservazioni di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 settembre 2015. Già in precedenza, peraltro, cfr. anche [Corte Edu. sez. II, sent. 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia, req. n. 47357/08](#), spec. § 99.

³² In ordine alla prospettata “espansione” delle competenze dell'Unione europea in materia di sanzioni per frodi fiscali, in senso inversamente proporzionale alla tutela dei diritti fondamentali, cfr. R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, cit., 5 ss., nel richiamarsi anche a [Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, Åkerberg Fransson](#) (sulla cui vicenda e, in genere, sul principio del *ne bis in idem* in una prospettiva comparata, cfr., *amplius*, P. COSTANZO, *Le principe “non bis in idem”: concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne?*, in questa *Rivista* 2015, II, 554 ss.; P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo (materiali per una comparazione multilivello)*, *ibid.*, 2015, III, 851 ss.).

³³ Al proposito, cfr. anche R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, cit., 8.

³⁴ Al proposito, cfr. [Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10](#); [Id., sent. 23 luglio 2015, n. 178](#).

³⁵ Al proposito, la Corte costituzionale ha, del resto, rilevato, da un lato, che resta in ogni caso ferma la responsabilità dello Stato “per avere omissso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione” e, dall'altro lato, si è riservata di verificare “nelle sedi competenti” (e, dunque, parrebbe, nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale) se il problema sia stato risolto con la norma dettata dall'art. 2, comma 36-*vicies semel*, lett. l), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), conv., con modif., dall'art. 1, comma 1, della l. 14 settembre 2011, n. 148, nella parte in cui ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei reati puniti dagli articoli da 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000, con una disposizione che però non è applicabile a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge. Ciò anticipando che “se l'esito della verifica fosse negativo sarebbe urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, eventualmente anche evitando che l'esito sia compromesso da termini prescizionali inadeguati”. Per importanti spunti di riflessione per una possibile riforma dell'istituto della prescrizione, cfr., per tutti e di recente, D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2015, I, 20 ss.

interordinamentali che darà verosimilmente adito a svolgimenti non del tutto prefigurabili, in un processo di integrazione già di per sé non privo di ostacoli e di possibili bruschi arretramenti.

Erik Furno***Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il quadro dei vincoli comunitari.* – 3. *Gli arresti giurisprudenziali.* – 4. *La Corte costituzionale tra vincoli di bilancio e diritti sociali: la [sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016](#).* – 5. *Osservazioni conclusive.*

1. Premessa.

Tra le riforme costituzionali più discusse un posto di rilievo occupa la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (d'ora in avanti, per brevità, indicata come legge cost. n. 1 del 2012)¹, che, nell'introdurre con il nuovo art. 81 il principio del pareggio (*rectius*: equilibrio²) di bilancio nella Carta costituzionale, ha imposto vincoli più stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, mentre, con la modifica degli artt. 117 e 119, ha fissato le regole in tali materie anche per le Regioni e gli enti locali.

Trattasi di una rilevante modifica della nostra Carta fondamentale, che ha introdotto nella Costituzione del 1947, modellata sullo «Stato sociale»³, una precisa opzione di politica finanziaria

*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di giurisprudenza della Università «Federico II» di Napoli.

¹ Legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, recante «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2012, approvata con insolita rapidità dalla maggioranza qualificata di due terzi del Parlamento e, come tale, non sottoposta a referendum confermativo. V. le critiche al riguardo di A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 10 gennaio 2012, e P. DE IOANNA, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione*, in [Astrid](#), Rassegna n. 7/2015, che scorge nella vicenda un deficit di «processo cognitivo pubblico». La legge cost. n. 1/2012 non si è limitata a novellare solo l'art. 81 Cost., ma ha apportato modifiche anche agli artt. 97, 117 e 119 Cost. Sull'introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio la letteratura è vastissima: senza alcuna pretesa di esaustività, tra gli altri, G. BOGNETTI, *Il pareggio del bilancio nella Carta costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2012; I. CIOLLI, *I paesi dell'eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, ivi, n. 1/2012; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, ivi, n. 2/2012; M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1*, in *Giur. cost.*, 2012, 3791 ss.; D. DE GRAZIA, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*, ivi, 2012, 2483 ss.; G. M. SALERNO, *Sulla forza prescrittiva dei nuovi principi norme secondarie sempre più determinanti*, in *Guida al diritto*, 2012, 20 ss.; P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in [Federalismi.it](#), n. 13/2012; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, ivi, n. 14/2012; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di Bilancio in Costituzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2012; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, 1673 ss., e Id., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano 2014; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2012. Sulla crisi fiscale dello Stato e sugli eccessi di spesa dei processi decisionali democratici A. CANTARO- D. LA ROCCA, *Costituzionalismo fiscale e nuovi assetti della finanza pubblica*, in AA.VV., *La politica di bilancio in condizioni di stress fiscale. Profili istituzionali* (a cura di F. Fichera), Milano 1986, 139 ss. Sulle contrapposizioni tra l'Europa dei mercati e l'Europa sociale A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli 2016, VII ss.

² Sebbene la legge cost. n. 1/2012 sia intitolata all'introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale, il testo costituzionale si riferisce esclusivamente all'equilibrio dei bilanci. Come nota O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli 2016, 396, l'incertezza nasce già nel titolo della legge cost. n. 1 del 2012, che parla di «pareggio», mentre l'articolato parla sempre di «equilibrio».

³ Sul concetto di «Stato sociale» F. RIMOLI, *Stato sociale*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 2004.

delle pubbliche amministrazioni, vietando, salvo alcune deroghe, «il ricorso all'indebitamento», nel tentativo di contenere la spesa pubblica.

Il ricorso al debito viene, infatti, consentito dalla novella costituzionale solo in funzione anticiclica oppure⁴ al verificarsi di eventi eccezionali⁵, previa autorizzazione in tal caso delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti. La regola dell'equilibrio, inoltre, è estesa dalla revisione costituzionale degli artt. 97⁶ e 119⁷ anche ai bilanci delle Regioni e degli enti locali, senza peraltro i correttivi e le deroghe eccezionali previste invece per il bilancio statale.

In attuazione di quanto previsto dal novellato art. 81, comma 6, Cost.⁸, la legge rinforzata⁹ 24 dicembre 2012, n. 243¹⁰, ha poi specificato il contenuto della legge di bilancio e dettato le nuove

⁴ Per la tesi disgiuntiva, M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 23: «l'indebitamento è consentito non solo per far fronte a circostanze eccezionali, ma anche allo scopo di moderare gli effetti del ciclo»; *contra*, per la tesi congiuntiva, A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.* n. 1/2012, 108 ss.

⁵ L'art. 5 della stessa legge cost. n. 1 del 2012 chiarisce che cosa si intenda per eventi eccezionali, quali, cioè, «gravi recessioni economiche», «crisi finanziarie» e «gravi calamità naturali» (comma 1, lett. d).

⁶ Art. 97, comma 1, Cost., come modificato dall'art. 2 della legge cost. n. 1 del 2012: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

⁷ Art. 119, comma 1, Cost., come modificato dall'art. 4 della legge cost. n. 1 del 2012: «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea»; (...) (comma 6): «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti».

⁸ L'art. 81, comma 6, Cost.: «Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».

⁹ V. [Corte cost. sent. 10 aprile 2014, n. 88](#), ed i commenti di A. BRANCASI, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "Introduttiva del pareggio di bilancio"*, in *Giur. cost.*, 2014, 1633 ss., e di G. D'AURIA, *Il «pareggio di bilancio» approda alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2015, 414 ss., ritiene che, pur trattandosi di una legge «rinforzata», in ragione della maggioranza parlamentare richiesta per la sua approvazione, essa mantiene il rango di legge ordinaria. Secondo G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2012, che richiama F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiornamenti*, I, Milano 1997, 561 ss., tale legge rinforzata si porrebbe in una gerarchia sostanziale di contenuti sulla legge di bilancio, mentre per A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2014, si tratterebbe di una «legge specializzata». Secondo N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, Napoli 2012, 89 ss., specie 108, l'art. 5 della legge cost. n. 1/2012 introdurrebbe una vera e propria «legge organica», a cui sarebbe garantita una competenza definita in termini tassativi e al tempo stesso riservata, cioè, una fonte legislativa intermedia tra il livello costituzionale ed il livello ordinario, che fa per la prima volta la sua comparsa nell'ordinamento italiano sulla scorta del modello francese e spagnolo. *Contra*, R. DICKMANN, *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, in [Federalismi.it](#), n. 10/2012, 3 ss., secondo cui essa costituirebbe «una disposizione di delega legislativa a tutti gli effetti, in quanto dotata delle "componenti" essenziali di cui all'art. 76 Cost.». Per G. M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 145 ss., specie 156, tale legge rappresenterebbe il «precipitato normativo «del dettato costituzionale in materia di equilibrio di bilancio nei confronti di tutte le istituzioni pubbliche, sia statali, che regionali e locali».

¹⁰ Legge 24 dicembre 2012, n. 243, recante «Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione», pubblicata in *G.U.* n. 12 del 15 gennaio 2013. Sottolineano l'estrema rapidità di approvazione di tale legge attuativa, così come peraltro già avvenuto con la legge cost. n. 1 del 2012, L. GIANNITI - C. GORETTI, *Prime note sull'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2013, 86, e D. CABRAS, *La legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2013, 124-125. In generale, M. NARDINI, *La legge n. 243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole*

regole, ampliando i principi della stessa legge cost. n. 1 del 2012 all'intero comparto delle Pubbliche Amministrazioni fino a comprendervi anche gli enti non territoriali, in modo da integrare quanto stabilito dal riformulato art. 97 Cost., nel tentativo di contenere la spesa pubblica in coerenza con i vincoli imposti dall'Unione europea agli Stati membri¹¹.

La costituzionalizzazione di tali vincoli, adottata allo scopo di rendere pienamente cogenti gli obblighi che in materia di bilanci derivano dall'appartenenza all'Unione europea, avrebbe il senso, tra l'altro, di fornire un controllo giurisdizionale alle relative regole, che ne erano sprovviste a livello europeo, controllo da esercitarsi attraverso il nostro giudice costituzionale¹², in modo da interdire allo stesso legislatore ordinario la possibilità di introdurre ipotesi derogatorie.

Quindi, la revisione dell'art. 81 Cost. non solo rende il vincolo del pareggio di bilancio fonte di responsabilità giuridica, ma consente alla Corte costituzionale il controllo di ciò che in precedenza costituiva solo un obiettivo politico e non un obbligo giuridico¹³.

Il che potrebbe significare che nel passaggio dal precedente al nuovo testo costituzionale si è trasformato il disegno originario dei Costituenti, che prevedeva il contemperamento degli interessi finanziari con gli altri interessi costituzionalmente garantiti, in una supremazia egemonica dei soli interessi finanziari¹⁴ a scapito della tutela dei diritti fondamentali. Ma è davvero così?

Anche se non è mancata una lettura storica del dibattito in sede di Assemblea Costituente, volta ad interpretare il previgente testo dell'art. 81 "come garanzia della tendenza al pareggio di bilancio"¹⁵, non essendo di certo estranea ai nostri Costituenti la preoccupazione di una sana

europee di bilancio, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2013, M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *Federalismi.it*, n. 6/2013; R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, ivi, e A. PASSARO, *Il bilancio dello Stato nella prospettiva europea*, Roma 2013.

¹¹ Il contenuto della legge 24 dicembre 2012, n. 243, è previsto in via generale dall'ultimo comma dell'art. 81 Cost. e, nello specifico, dal primo comma dell'art. 5 della legge cost. n. 1 del 2012. Essa reca disposizioni volte a dare attuazione al principio di equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni e della sostenibilità del debito pubblico, disciplina i contenuti della legge di bilancio ed istituisce l'Ufficio parlamentare di bilancio. L'art. 1, comma 2, prevede che tale legge possa essere abrogata, modificata o derogata solo in modo espresso mediante una legge successiva, da approvare sempre a maggioranza assoluta dei componenti di Camera e Senato.

¹² A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano 2014, 167 ss., specie 178-179, considera la riforma costituzionale come succedanea al c.d. *Fiscal Compact* ed alla clausola ivi racchiusa, che riconosce la giurisdizione della Corte di giustizia, limitatamente però all'obbligo di recepire nell'ordinamento nazionale le regole europee e non la loro osservanza (art. 8).

¹³ Per G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, anche in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, Napoli 2012, 211-212 ss.: «la revisione dell'art. 81 della Costituzione e la specifica previsione di un controllo costituzionale sul rispetto del vincolo del pareggio tocc[ano] uno degli snodi cruciali della forma di governo, perché fanno oggetto di responsabilità giuridica e di sanzione costituzionale obbligazioni che in precedenza rilevavano solo in sede politica e restavano consegnate, in definitiva, alle dinamiche della relazione fiduciaria».

¹⁴ Per A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, cit., 180 «Del resto, già da tempo, a questo originario disegno era subentrata, seppure in maniera surrettizia, l'idea che la cura dell'interesse finanziario dovesse comunque prevalere. Si è così trattato di rimuovere dalla Costituzione il segno residuo che ancora si poneva in antitesi a questa trasformazione, cioè il divieto di "stabilire nuovi tributi e nuove spese" con la legge di bilancio: a ciò ha provveduto la riforma, che ha eliminato, dall'art. 81 cost., il comma 3 e ha affidato alla legge da approvare a maggioranza assoluta la disciplina del contenuto della legge di bilancio».

¹⁵ L. GIANNITI, *Il pareggio di bilancio nei lavori della Costituente*, in *Astrid*, 2011, che fa riferimento alle posizioni espresse da Einaudi e Vanoni, che proposero di sancire l'obbligo della copertura delle nuove spese «come garanzia della tendenza al pareggio di bilancio (Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 24 ottobre 1946). *Contra*, V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano 1969, 450 ss., e A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano 1985, 412, che negano il vincolo contenutistico del pareggio di bilancio. Conferma l'interpretazione a maglie larghe del vincolo [Corte cost. 10 gennaio 1966 n. 1](#), per cui «il precetto costituzionale attiene ai limiti sostanziali che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra le entrate e la spesa» (punto 5 del Cons. dir.). Ciò consentiva di spalmare la copertura

gestione delle risorse pubbliche¹⁶, prevalente è la tesi di una «neutralità»¹⁷ o, comunque, di una flessibilità¹⁸ del precedente testo dell'art. 81 Cost.¹⁹ rispetto alle politiche di bilancio ed alle scelte fondamentali del governo dell'economia, in modo da consentire una naturale fluidità ai rapporti tra Governo e Parlamento, tipica della nostra forma di governo parlamentare²⁰.

Dall'esame dei lavori preparatori dell'art. 81 Cost. emerge, infatti, la volontà dei Costituenti di tenere distinti il piano del bilancio da quello delle leggi di spesa, come si evince dal rapporto intercorrente tra il terzo ed il quarto comma²¹, onde evitare, grazie anche alla elasticità della norma costituzionale²², alterazioni degli equilibri del bilancio.

delle leggi di spesa mediante il ricorso ai bilanci successivi, con la conseguente evoluzione del concetto di pareggio del bilancio nel più ampio concetto di equilibrio finanziario complessivo.

¹⁶ T. F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 51 ss., specie 56-57.

¹⁷ Secondo V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 457, occorre evitare di intendere l'art. 81, quarto comma, Cost. «come un impegno o un invito ad adottare questo o quell'orientamento, questa o quella scelta concreta nella politica finanziaria e di bilancio», trattandosi, invece, dell'affermazione del principio, per cui ogni nuova spesa richiede l'esame dei mezzi necessari per farvi fronte. Per tale A. l'art. 81 Cost. non intendeva incorporare il principio del pareggio di bilancio, né quello della tendenza al pareggio, ma consentire una sana gestione finanziaria, onde evitare iniziative parlamentari autonome di spesa tali da alterare l'equilibrio del bilancio: da ciò la differenza tra il terzo ed il quarto comma dell'art. 81, su cui *infra*.

¹⁸ Sull'elasticità del previgente art. 81 Cost., che avrebbe dovuto tener conto delle fluttuazioni cicliche e consentire politiche fiscali anticicliche, di tipo keynesiano, M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 8 ss., specie 17, ove evidenzia che «equilibrio» non significa «pareggio» del bilancio e, cioè, perfetta corrispondenza di entrate e uscite, non avendo alcun senso inserire le formule meramente numeriche del pareggio in Costituzione; P. DE IOANNA, *Forma del governo e politica di controllo della finanza pubblica*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2013, 372; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; T.F. GIUPPONI, *op. ult. cit.*, 59; G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2013, sostiene che l'esigenza di un «tendenziale» equilibrio, derivante dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 81 Cost., è sempre stata considerata come un obiettivo politico, piuttosto che come obbligazione giuridica.

¹⁹ Sui lavori preparatori dell'art. 81 quarto comma Cost., S. BARTOLE, *Art. 81*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 76-82, La formazione delle leggi*, tomo II, Bologna-Roma 1979, 197 ss., sostiene l'evidenza di una ispirazione tale da sottrarre «le potenzialità interpretative della disposizione *de qua* all'ipoteca di un troppo stretto collegamento con dottrine economiche storicamente determinate, e specialmente con quelle che nel pareggio di bilancio vedevano, e tuttora vedono una delle istanze fondamentali della politica finanziaria dello Stato»; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 154 ss.; P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, in A. BARETTONI ARLERI, *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano 1989, 127 ss.; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Roma 2007, 15 ss. V. anche in generale AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano 1993.

²⁰ G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, specie 2. V. anche ID., *L'indirizzo politico-finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova 2007, secondo cui ai Costituenti non interessava il pareggio di bilancio, ma piuttosto che, a prescindere dal disavanzo prestabilito, la successiva legislazione di spesa non alterasse il complessivo equilibrio finanziario fissato inizialmente in bilancio. Concorda A. PIROZZOLI, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 5.

²¹ A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino 2005, 115 ss., nonché ID., *La disciplina costituzionale del bilancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 7 ss., secondo cui il terzo comma del previgente art. 81 Cost., parlando di «legge di approvazione del bilancio» e non semplicemente della «legge di bilancio», rappresentava una tacita adesione alla nozione, elaborata da P. Laband, della legge di bilancio come legge meramente formale in quanto legge di sola approvazione. È noto che il quarto comma, che in origine costituiva un articolo distinto del progetto di Costituzione relativo alla iniziativa legislativa parlamentare di spesa presentato dal c.d. Comitato dei 18 (Atti Assemblea Costituente, II Sottocommissione, 422), solo in sede di coordinamento nella c.d. Commissione dei 75 fu agganciato ai primi tre commi dell'art. 77, destinato poi a divenire l'art. 81 Cost. Esso rappresenta la sostituzione dell'originario testo proposto da Mortati («le leggi le quali comportino maggiori oneri finanziari devono provvedere ai mezzi necessari») con quello più duttile sollecitato da Bozzi e da Perassi («le leggi ... devono indicare i mezzi»), poi modificato nel previgente testo dell'art. 81 Cost., ed è stato interpretato quale prescrizione del divieto che le leggi di spesa, prive di copertura, alterino gli equilibri fissati nel bilancio.

²² G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna 1996, 23, parla di «natura aperta» dell'art. 81 Cost. anche rispetto alla trasposizione dei vincoli esterni europei in vincoli interni.

Il vecchio art. 81 Cost. veniva, quindi, interpretato come previsione della corretta regola procedurale, secondo cui nessuna legge che importi nuove e maggiori spese può essere approvata dal Parlamento senza indicare i mezzi per farvi fronte²³.

Il *punctum dolens* del dibattito dottrinario si incentra allora sul rilievo da attribuire al passaggio dalla precedente formulazione alla nuova declinazione dell'art. 81 Cost. e se quest'ultima abbia comportato o meno un radicale mutamento della politica finanziaria sia a livello statale che a livello locale, finendo con il sacrificare alla sostenibilità finanziaria anche la tutela dei diritti fondamentali e, tra questi, dei diritti sociali²⁴.

Da un lato, si afferma che, nonostante l'avvenuta costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio finanziario ed i più stringenti vincoli europei, imposti alle politiche nazionali di bilancio sin dal Trattato di Maastricht del 1992, residui ancora una flessibilità della norma costituzionale, dato che la duttilità è il solo modo per evitare che «regole di bilancio troppo rigide producano (...) il rischio di indiscriminata compressione dei diritti fondamentali a causa delle limitazioni di bilancio»²⁵. Tale costituzionalizzazione, anche alla luce del primo comma del novellato art. 81²⁶, che impone di porre in essere politiche anticicliche, consentirebbe ancora l'utilizzo di politiche di disavanzo, prevedendo altresì meccanismi mediante i quali lo Stato, tanto nella fasi avverse del ciclo, quanto in occasione di eventi eccezionali, debba concorrere ad assicurare il finanziamento da parte delle autonomie territoriali dei "livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali"²⁷; e ciò come confermato

²³ V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 158 ss.; A. BRANCASI, *Introduzione*, in AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale* (a cura di R. Bifulco e O. Roselli), Torino 2013, 119 ss.; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., 401.

²⁴ Sulla nozione di diritti sociali, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I diritti sociali*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1960, 759 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, c. 2, Cost.*, Padova 1984; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma 1989, 30 ss., che distingue i diritti sociali incondizionati, che attengono a rapporti giuridici che si istituiscono su libera iniziativa delle parti, dai diritti sociali condizionati, cioè «diritti il cui godimento dipende dall'esistenza di un presupposto di fatto, vale a dire la presenza di un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti stessi o, comunque, necessaria per rendere possibili i comportamenti o le condotte formanti il contenuto di quei diritti»; L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 30 novembre -1 dicembre 1990, Padova 1995, 305 (per il quale M. Losana, *Leopoldo Elia e i diritti sociali*, in AA.VV., *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di M. Dogliani, Napoli 2011, 211 ss.), utilizza l'espressione in modo ristretto, riferendosi ai soli «diritti a prestazione da parte dello Stato, diritti cioè che implicano una richiesta diretta allo Stato di soddisfare esigenze primarie della persona»; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1994, 71; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino 2005, *passim*; G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, nella Rivista telematica del "[Gruppo di Pisa](#)", 2012; L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.

²⁵ M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 18 ss., specie 21-28, trae ulteriore conferma della flessibilità del nuovo impianto normativo: «il saldo che conta è quello "strutturale" e quel saldo non si ottiene sulla base di un mero computo aritmetico delle entrate e delle uscite, ma va desunto da un calcolo più complesso (e discrezionale), che deve tenere conto degli effetti del ciclo economico». V. anche ID., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., specie 40; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2012; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse in Amministrazione in cammino*, 25 ottobre 2011; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2012; M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in [Federalismi.it](#), n. 6/2013; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit.

²⁶ Il novellato art. 81, primo comma, Cost. «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico».

²⁷ Così A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., 9, che richiama l'art. 5, comma 1, lett. g), della legge cost. n. 1 del 2012. Concordano D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, cit., specie 4 «Il pareggio di bilancio, pertanto, in coerenza con la legislazione europea, non preclude in maniera assoluta il ricorso all'indebitamento e prevede dei margini di flessibilità tutt'altro che irrilevanti»; F. R. DE MARTINO, *Revisione*

dalla stessa giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza capostipite [n. 1/1966](#) fino alle più recenti decisioni quali le [sentenze nn. 250²⁸](#) e [266 del 2013²⁹](#).

Dall'altra, invece, si sostiene che la costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio abbia modificato radicalmente la nostra Carta costituzionale, che, se prima poteva contemperare le scelte economico-finanziarie con i diritti fondamentali dei cittadini, ora, dopo la riforma, deve privilegiare le procedure di contenimento della spesa pubblica, condizionando i diritti di prestazione al potere di spesa. In altri termini, con la novella del 2012 si sarebbe «compiuto il transito da un disegno costituzionale che non vietava alla politica democratica di decidere misure keynesiane espansive di *deficit spending* (fermo restando il limite generico dell'equilibrio finanziario) a un assetto che invece le vieta in linea di principio, consentendone la praticabilità solo a condizioni enumerate e particolarmente rigorose»³⁰. Spetterebbe, allora, alla Corte bilanciare i diritti fondamentali, tra cui i diritti sociali di prestazione, cioè “i diritti costituzionali che costano”, con le esigenze finanziarie di bilancio, per cui una legge limitativa della loro tutela, trovando adeguata copertura costituzionale nel principio dell'equilibrio finanziario, potrebbe sottrarsi a censure di incostituzionalità, anche se prospettate in relazione agli artt. 2 e 3 Cost.

2. Il quadro dei vincoli comunitari.

Senza entrare nello specifico della disciplina comunitaria, occorre ricordare come i vincoli europei del Trattato di Maastricht del 1992, che subordinavano la partecipazione degli Stati nazionali alla Unione al rispetto dei parametri del rapporto deficit/PIL pari al 3% e del rapporto debito pubblico/PIL pari al 60%, siano stati via via specificati e rafforzati dal Patto di Stabilità e Crescita del 1997³¹, successivamente riformato³², divenendo sempre più rigorosi e stringenti attraverso l'approvazione del c.d. *Six Pack* e del Patto *Euro plus* del 2011³³ fino a culminare con il più recente *Fiscal compact*³⁴.

dei Trattati europei, Fiscal compact e Costituzione italiana, in [Rivista AIC](#), n. 1/2015, part. 12; M. BERGO, *Pareggio di bilancio “all'italiana”. Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, cit., part. 33-34; C. PINELLI, *Interpretazione e interpreti dell'equilibrio di bilancio*, in [Astrid](#), n. 6/2015, specie 5, che non rinviene elementi di rigidità nel nuovo art. 81 Cost., quanto piuttosto nel *Fiscal Compact* nella parte in cui stabilisce la “tabella di marcia” per il rientro del debito pubblico per i paesi in cui questo supera il 60 % nel rapporto con il PIL.

²⁸ V. [Corte cost. 25 ottobre 2013, n. 250](#), per cui «il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria (...), consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche (...) non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata» (punto 3.2 del Cons. dir.).

²⁹ [Corte cost. 13 novembre 2013, n. 266](#).

³⁰ O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., 402.

³¹ Il Patto di Stabilità e di Crescita (PSC) era costituito nella sua originaria formulazione dalla risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 16 e 17 giugno 1997 a seguito della adesione di undici paesi (Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna), successivamente esteso anche a Cipro, Estonia, Malta, Slovacchia e Slovenia, facenti parte della c.d. Eurozona, e poi anche a Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Svezia ed Ungheria, che non hanno adottato la moneta dell'Unione. Tale risoluzione sanciva l'impegno degli Stati a perseguire l'obiettivo di medio termine di un saldo del conto economico delle pubbliche amministrazioni prossimo al pareggio o in avanzo. Il Patto era altresì composto da due regolamenti del Consiglio, il n. 1466/97 ed il n. 1467/97 del 7 luglio 1997, che rispettivamente miravano alla sorveglianza sulle politiche economiche degli Stati membri ed acceleravano le modalità di attuazione della procedura prevista per i disavanzi eccessivi.

³² Una prima revisione del Patto avveniva con l'approvazione dei Regolamenti n. 1055/2005 e 1056/2005, che consentivano di scorporare dal calcolo del disavanzo consentito alcune spese di investimento.

³³ Con il Patto *Euro plus*, adottato con una dichiarazione congiunta dei Capi di Stato e di Governo in data 11 marzo 2011, gli Stati si impegnavano a recepire nei loro ordinamenti interni le regole europee di bilancio già contenute nel Patto di Stabilità e Crescita del 1997 e nel Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, tra cui i noti parametri del 3% di rapporto tra disavanzo e PIL e del 60% del rapporto tra debito e PIL allo scopo di evitare disavanzi eccessivi (attuale

In particolare, l'art. 3 di quest'ultimo dispone che i bilanci degli Stati firmatari debbano essere «in pareggio o in avanzo», considerando tale regola rispettata «se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito dal Patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo»³⁵.

Deviazioni significative da tale obiettivo sono consentite solo in presenza di circostanze eccezionali, definite quali «eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione ovvero periodi di grave recessione economica ai sensi del Patto di stabilità e crescita», purchè tale deviazione sia «temporanea» e «non comprometta la sostenibilità del bilancio medio termine»³⁶.

Le critiche rivolte al PSC dagli Stati membri, che, per contrastare la sfavorevole congiuntura economica, spingevano per l'adozione di misure espansive, mentre la Banca Centrale europea e la Commissione Europea richiedevano invece la rigida applicazione delle regole del Patto³⁷, hanno contribuito a dividere i sostenitori delle politiche espansive della spesa pubblica ed i fautori di politiche europee e nazionali di *austerità*, che facevano dipendere dall'economia finanziaria anche i diritti sociali che in concreto sostanziano il *welfare state*.

In realtà, il *Fiscal Compact* non fa altro che ribadire la regola del pareggio di bilancio già fissata dal PSC, la cui disciplina, come modificata ed integrata dalle misure del *Six Pack*, resta sostanzialmente inalterata³⁸. In particolare, l'unica novità è rappresentata dall'art. 3, par. 2, che

art. 126 TFUE di Lisbona). A tale scopo gli Stati dovevano scegliere strumenti giuridici nazionali, che avessero «natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio costituzionale o normativa quadro)». Il c.d. *Six Pack*, approvato in via definitiva dal Consiglio dell'UE l'8 novembre 2011 e costituito da cinque regolamenti (1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011 e 1177/2011) entrati in vigore il 13 dicembre 2011 e da una direttiva (2011/85/UE), integrato nel 2013 dal c.d. *Two Pack*, costituito a sua volta da due regolamenti, rafforzava la sorveglianza e la vigilanza economico-finanziaria delle politiche nazionali di bilancio, modificando in senso più stringente i precedenti vincoli del PSC.

³⁴ Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione europea (c.d. *Fiscal compact*), siglato a Bruxelles il 2 marzo 2012 da tutti i paesi dell'Eurozona tranne Regno Unito e Repubblica Ceca, è stato ratificato dall'Italia con la legge 23 luglio 2012, n. 114. Esso individua un percorso virtuoso per gli Stati membri, consentendo, da un lato, il limite al deficit strutturale, nel corso di un ciclo, pari allo 0,5 % del PIL, dall'altro, prevedendo l'obbligo di ridurre il rapporto tra debito pubblico e PIL in una percentuale annualmente commisurata in un ventesimo della differenza tra il suo livello effettivo e la soglia del 60%, già fissata a Maastricht. Pu ribadendo poi quanto già stabilito dal Patto di Stabilità e Crescita, come aggiornato dal *Six Pack*, il medesimo Trattato introduce l'obbligo per gli Stati contraenti di inserire il pareggio di bilancio nell'ordinamento nazionale «preferibilmente a livello costituzionale». Il quadro, infine, è completato dalla istituzione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes), detto anche Fondo Salva Stati, che è uno dei meccanismi di risoluzione delle crisi per i paesi dell'eurozona e mira a fornire sostegno alla stabilità attraverso alcuni strumenti di assistenza finanziaria. Su tali atti, per il dettaglio, sia consentito rinviare a G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europei e interno*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, cit., 95 ss., e I. CIOLLI, *I paesi dell'eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012. Sulla nuova *governance* economica europea v. G. COLOMBINI, *Unione europea e Stati nazionali di fronte alla crisi economica. Riflessioni a margine*, in *Federalismi.it*, n. 26/2016, 30 dicembre 2016, e AA.VV., *Governance europea tra Lisbona e Fiscal compact*, (a cura di A. Iacoviello), Atti del convegno svoltosi a Roma il 29-30 ottobre 2014, Milano 2016. Sui forti contrasti provocati tra gli Stati a seguito dell'approvazione del Trattato di Bruxelles A. CANTARO, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, Atti del convegno internazionale di studi *Costituzionalismo, Costituzione e interpretazione costituzionale*, in *dirittifondamenti.it*, 29 maggio 2012, 13 ss.

³⁵ Art. 3, par.1, lett.b), del Trattato.

³⁶ Art. 3, par.3, lett. b), del Trattato.

³⁷ V., ad esempio, la lettera del governatore del tempo J. J. Trichet, insieme al governatore *in pectore* M. Draghi, del settembre 2011, resa pubblica dal *Corriere della sera* solo in data 29 settembre 2011, con cui si affermava che sarebbe stata «appropriata (...) una riforma costituzionale che renda più stringenti le regole di bilancio».

³⁸ Così G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 81-83: «L'unica vera novità è costituita dall'obbligo per gli Stati contraenti di inserire la "regola aurea" del pareggio di bilancio nel proprio diritto interno, "preferibilmente a livello costituzionale". Ma è dubbio, a stretti termini giuridici,

impone agli Stati membri di recepire la regola del pareggio di bilancio a livello nazionale “tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente - preferibilmente costituzionale”, com’è accaduto in Italia, Germania, Spagna, Ungheria e Polonia³⁹, “o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio”, cioè comunque mediante una fonte superlegislativa, com’è avvenuto in Francia con la legge organica n. 2012-1403 del 17 dicembre 2012.

Da tale quadro comunitario non sembrava discendere alcun puntuale e stringente obbligo giuridico per gli Stati nazionali di approvare una revisione costituzionale in materia di bilancio, ben potendo bastare al riguardo gli impegni assunti dall’Italia ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost., così come interpretati anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁴⁰.

Sul punto è concorde la dottrina maggioritaria⁴¹, che pone a base della riforma costituzionale ragioni non giuridiche, ma politiche, imposte dal contesto economico e finanziario e, soprattutto, dalla grave crisi in cui era precipitato il nostro paese, al punto tale da spingere il legislatore ad una riforma certamente rapida ed affrettata⁴², ma non altrettanto indolore.

A ciò si aggiunga la dubbia opportunità di introdurre un limite costituzionale a strumenti di politica economico-finanziari, che, per loro stessa natura, mal si prestano ad essere “ingabbiati” e cristallizzati a livello costituzionale⁴³, oltre ad essere non univocamente sindacabili sul piano della legittimità giuridica⁴⁴.

che ce ne fosse bisogno. L’obbligo del pareggio di bilancio era già operante nel diritto dell’Unione; e questo, in base a consolidati principi, ha valore prioritario sul diritto interno. Gli Stati membri avrebbero quindi dovuto conformarsi a quell’obbligo, senza che fosse necessario replicarlo in un patto apposito. Tanto più che l’adozione della «regola aurea» nel diritto interno, a livello costituzionale o «quasi», già figurava fra gli impegni (peraltro non vincolanti) del Patto Euro Plus del marzo 2011».

³⁹ Per un quadro comparativo A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2013, 357 ss., e F. FABBRINI, *Il pareggio di bilancio nelle Costituzioni degli Stati membri dell’UE*, in *Quad. cost.*, n. 4/ 2011, 933 ss.

⁴⁰ V. ad esempio le c.d. sentenze gemelle [nn. 348 e 349 del 2007](#), con cui la Corte costituzionale, a seguito della modifica dell’art. 117, comma 1, Cost., ha statuito che il mancato rispetto della CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, comporta l’illegittimità costituzionale della normativa interna per violazione degli obblighi internazionali e, dunque, del suddetto articolo della Costituzione.

⁴¹ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., 18 ss.; G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell’Unione: l’interazione fra i livelli europei e interno*, cit., 2-3; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, cit., 54. Di diverso avviso N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, cit., 89 ss., specie 94, secondo il quale: «né il “patto Europlus”, né tantomeno un nuovo regolamento dell’Unione europea potevano bastare. Si è ritenuto necessario un impegno esplicito da parte degli Stati aderenti al “Fiscal Compact” a modificare la propria Costituzione, o comunque ad auto-vincolarsi in modo efficace».

⁴² A. BRANCASI, *L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, cit., 108 ss, parla di revisione affrettata, approvata in meno di sette mesi, dato che il relativo disegno di legge governativo fu presentato in data 15 settembre 2011, e con la maggioranza dei due terzi, onde non fu possibile il ricorso al referendum confermativo.

⁴³ F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell’autonomia finanziaria degli enti territoriali*, Audizione presso la Commissione per l’attuazione del federalismo fiscale della Camera dei deputati, 30 ottobre 2014, evidenzia che l’obbligo del pareggio di bilancio era già sorto con il *Six pack* e con il *Fiscal compact*, per cui la riforma costituzionale rendeva esplicito un sistema di garanzie delle norme dell’Unione già operante ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

⁴⁴ In tal senso R. DICKMANN, *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, cit., 2, nonché M. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche*, in [Amministrazione in cammino](#), 5 maggio 2012, 2 «Pur accettando l’idea che il “pareggio” rafforzi la credibilità delle politiche di risanamento adottate dagli Stati, risulta comunque incerto se tale soluzione di lungo periodo riesca a far fronte in modo ottimale l continuo divenire delle congiunture economiche».

Con il fondato timore che sull'altare della stabilità finanziaria e dei conseguenti e stringenti vincoli economico-finanziari si rischi di destabilizzare i sistemi di *welfare* europei, mettendo in crisi i valori identificativi del modello sociale europeo⁴⁵.

La novella costituzionale ha modificato anche il titolo V della parte seconda della Costituzione, da un lato, trasferendo nella legislazione esclusiva dello Stato la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici»⁴⁶, dall'altro, adeguando anche l'art. 119 Cost. al principio dell'equilibrio di bilancio⁴⁷. L'estensione dei vincoli finanziari a Regioni ed Enti locali consente a questi di ricorrere all'indebitamento⁴⁸, ma «con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il *complesso* degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'*equilibrio* di bilancio»⁴⁹.

È significativo, però, rilevare come la stessa legge cost. n. 1 del 2012 preveda che anche i bilanci delle amministrazioni locali possano andare in disavanzo, laddove ammette l'intervento «speciale» dello Stato, che, «nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali (...), anche in deroga all'art. 119 della Costituzione, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali»⁵⁰.

Quindi, se da un lato anche le Regioni e gli enti territoriali devono concorrere al rispetto dell'equilibrio di bilancio e dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'Unione europea, dall'altro, però, è consentito allo Stato concorrere a garantire, in attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. g), della legge cost. n. 1 del 2012, i livelli essenziali delle prestazioni e dei diritti fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali⁵¹.

A fugare ogni dubbio in ordine all'ipotesi che il pareggio di bilancio possa essere perseguito a scapito delle garanzie dei diritti fondamentali, vi è la previsione di quei meccanismi, qual è, ad esempio, il «Fondo straordinario per il concorso dello Stato», mediante i quali «lo Stato, tanto nelle fasi avverse del ciclo, quanto in occasione di eventi eccezionali, deve concorrere ad assicurare il finanziamento da parte delle autonomie territoriali dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali»⁵².

In altri termini, anche in presenza di stringenti vincoli finanziari conseguenti all'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio e dei limiti per procedere all'indebitamento, le pubbliche

⁴⁵ F. LOSURDO, *La (ir)resistibile ascesa del principio del pareggio di bilancio*, all'indirizzo telematico <http://www.academia.edu>, nonché A. CANTARO, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, cit.

⁴⁶ Art. 3 legge cost. n. 1/2012.

⁴⁷ Art. 4, comma 1, lett. a), legge cost. n. 1/2012, che aggiunge all'art. 119 Cost., comma 1, le seguenti parole: «nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea».

⁴⁸ Già con la riforma del titolo V del 2001 si era stabilita la c.d. *golden rule*, cioè che il ricorso all'indebitamento da parte di Regioni ed enti locali era consentito solo per il finanziamento delle spese di investimento e non per coprire i costi delle spese correnti.

⁴⁹ Formula aggiunta al vigente art. 119, comma 6, Cost., dall'art. 4, comma 1, lett. b), della legge cost. n. 1/2012.

⁵⁰ Art. 5, comma 1, lett. g), legge cost. n. 1/2012.

⁵¹ R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 7, pur evidenziando come le due ipotesi di deroga dell'art. 81, comma 2, Cost., siano riferite solo allo Stato, non esclude che il legislatore di attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. g), della legge cost. n. 1/2012 possa prevedere il ricorso all'indebitamento per gli enti locali al fine di garantire il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali.

⁵² A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., 9, nota 50, richiama l'art. 11 della legge n. 243/2012, che crea l'apposito «Fondo straordinario per il concorso dello Stato», istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze ed alimentato sia da quota parte delle risorse derivanti dal ricorso all'indebitamento consentito per la correzione degli effetti del ciclo, sia da quote derivanti dalle deliberazioni parlamentari per fronteggiare eventi eccezionali. Il riparto di tali risorse è demandato ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sulla base di un parere della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, tenendo conto della quota di entrate proprie di ciascun ente influenzata dall'andamento del ciclo economico o dagli eventi eccezionali.

amministrazioni regionali e locali possono continuare ad erogare prestazioni pubbliche considerate “essenziali” o collegate a funzioni “fondamentali”⁵³.

3. Gli arresti giurisprudenziali.

La rimodulazione del bilanciamento tra l’equilibrio finanziario e la tutela dei diritti fondamentali, tra cui, in particolare, la garanzia dei diritti sociali, non poteva sfuggire all’attenzione della Corte costituzionale, che, a partire dagli anni ’90, mostra maggiore sensibilità al necessario contenimento della spesa pubblica, per cui, dopo aver inventato la tecnica decisoria delle additive di principio⁵⁴, «quali varianti “miti” delle additive di prestazione»⁵⁵, pare voler ripiegare sulle sentenze additive di garanzia⁵⁶.

Trova così giustificazione il ricorso della Corte a formule come quelle dei *diritti finanziariamente condizionati*⁵⁷, al principio di *gradualità delle riforme onerose*⁵⁸, alla *limitatezza delle risorse disponibili*⁵⁹, ai *diritti sociali condizionati*⁶⁰ oppure all’(auto)attribuzione del potere

⁵³ Così G. M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, cit., 173, che adopera però il condizionale dubitativo.

⁵⁴ Sulle sentenze additive di principio, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2016, 143 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 400 ss. Con riferimento alle pronunce della Corte costituzionale in tema di equilibrio finanziario, R. Romboli, *Dichiarazione di incostituzionalità con delega al Parlamento*, in *Foro it.*, 1993, I, 1732 ss., e C. Pinelli, *Titano, l’eguaglianza e un nuovo tipo di “additiva di principio”*, in *Giur. cost.*, 1993, 1792 ss.

⁵⁵ Così efficacemente C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 8.

⁵⁶ Sul ricorso della Corte alle sentenze additive, L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 299 ss.; F. Modugno, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, 19; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit.

⁵⁷ L’espressione «*diritti finanziariamente condizionati*» si deve a F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30-31, secondo cui «i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi». In giurisprudenza, parla per la prima volta di *diritto costituzionale condizionato*, in relazione al diritto alla salute, [Corte cost. sent. 16 ottobre 1990, n. 455](#).

⁵⁸ Corte cost. sentt. nn. [356/1992](#); [243/1993](#); [240/1994](#); [99/1995](#); [205/1995](#); [218/1995](#); [416/1996](#); [30/2004](#), e ord. n. [125/1998](#). Per R. Bin, Il principio di gradualità prevede un regime transitorio in modo da consentire un passaggio progressivo e meno traumatico ad una disciplina legislativa meno favorevole. Secondo A. Morrone, *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 13, «il criterio di gradualità costituisce una misura della legittimità costituzionale sufficientemente ampia, che lascia al legislatore spazi di manovra coerenti con politiche di revisionismo permanente alla ricerca del meglio, specie in situazioni di crisi economica o di contenimento del deficit pubblico».

⁵⁹ Sul rapporto tra tenuta dei conti pubblici e spesa sociale, V. Caianello, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 284; E. Grosso, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, cit.; C. Pinelli, *Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale* (a cura di A. Ruggeri), Torino 1994; F. Politi, *Il “costo” delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli 2004, 1753.

⁶⁰ Per una definizione dei diritti sociali *condizionati* o *derivati* v., per tutti, C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, II ed., Torino 2010, 596, secondo cui essi consistono in quei diritti sociali «il cui godimento dipende dall’esistenza di un’organizzazione necessaria e idonea all’erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi (ad es., il diritto all’assistenza ed alla previdenza sociale), e presuppongono, quindi, l’intervento legislativo». La loro attuazione «è, pertanto, caratterizzata da necessaria gradualità, da ragionevole ponderazione con gli altri valori costituzionali primari e con le esigenze del bilancio statale, da non irragionevoli inerzie o ritardi, da corrispondenza con quella che è la *ratio* dello specifico diritto sociale».

di modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni⁶¹, formule tutte che rendono palese lo sforzo dei giudici costituzionali di bilanciare la tutela dei diritti onerosi con le esigenze finanziarie per non gravare ulteriormente con le loro decisioni i conti dello Stato.

In disparte i casi in cui il vincolo del pareggio di bilancio ex art. 81 Cost. viene relativizzato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che lo riconduce all'obbligo di copertura degli interventi finanziari in materia di diritti sociali⁶², la Corte è solita riconoscere ampia discrezionalità al legislatore⁶³ nell'attuazione del necessario criterio di gradualità nella tutela dei diritti sociali, limitando il suo sindacato ai soli casi di manifesta irragionevolezza nel rispetto del nucleo irriducibile di tali diritti⁶⁴, cioè il c.d. *livello minimo essenziale*⁶⁵.

Quindi, nella zona di frizione del principio dell'equilibrio finanziario con la concretizzazione dei diritti sociali, è riconosciuta da parte della giurisprudenza costituzionale la discrezionalità politica del legislatore, residuando alla Corte la sola sindacabilità della manifesta irragionevolezza della scelta legislativa, «in realtà integrata prevalentemente dal rispetto del nucleo irriducibile dei diritti in questione, del loro contenuto minimo essenziale»⁶⁶⁻⁶⁷, non modificabile in sede legislativa.

Ciò vale a dire che nel bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze finanziarie non prevalgono i diritti, se non, rispetto ai vincoli di bilancio, il loro nucleo essenziale, che non può essere vanificato dal legislatore, senza violare la dignità della persona umana⁶⁸.

⁶¹ Corte cost. [nn. 10 e 178 del 2015](#), su cui E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale dopo la mancata riforma c.d. Renzi-Boschi: quali scenari?*, in *Rass. parl.*, n. 4/2016, 741 ss. ed ivi numerosi riferimenti, a cui sia consentito rinviare.

⁶² In relazione al previgente testo dell'art. 81, v. [Corte cost. sent. 6 giugno 2012, n. 142](#), richiamata anche da [Corte cost. sent. 31 ottobre 2012, n. 241](#), secondo cui l'impegno dello Stato italiano in sede europea a conseguire il pareggio di bilancio «ha natura meramente politica e non si è tradotto in norme giuridicamente vincolanti».

⁶³ Sulla discrezionalità del legislatore nella allocazione delle risorse, F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2013, e C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 9, che richiama [la decisione della Consulta n. 180/1992](#) «rientra nella discrezionalità del legislatore la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale temperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato(...)». Discrezionalità che questa Corte, che è priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irragionevolezza dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate.

⁶⁴ V. [Corte cost. sent. 19 luglio 2013, n. 222](#), che, nel richiamare un «nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona», dichiara illegittima una disposizione di una legge regionale del Friuli-Venezia Giulia, che escludeva dai contributi economici straordinari gli stranieri non risiedenti da almeno cinque anni, ritenendo che «le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari—necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse disponibili—debbano essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza» (sentt. nn. [4/2013](#); [40/2011](#); [432/2005](#)).

⁶⁵ [Corte cost. sent. 26 febbraio 1998, n. 27](#), commentata da O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170 ss.

⁶⁶ Così A. LONGO, [Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2011](#) (12.12.2011), specie 20; D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2014.

⁶⁷ V. anche le sentt. nn. [88, 184, 243 del 1993](#) e [309 del 1999](#).

⁶⁸ [Corte cost. 15 luglio 1994, n. 304](#): «questa Corte ha ripetutamente affermato che nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al "diritto ai trattamenti sanitari" (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa» (punto 5 del Cons. dir.). Sul concetto di «minimo esistenziale» A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999, 162 ss., e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 129 ss.

Da uno sguardo sommario e necessariamente sintetico della giurisprudenza costituzionale risulta, allora, come ai giudici costituzionali competa di volta in volta effettuare un sindacato sulla legittimità delle misure legislative di compressione delle politiche del *welfare* mediante il controllo di ragionevolezza e di rispetto del contenuto minimo essenziale dei diritti sociali, che integrano il nucleo indefettibile dell'attuale forma di Stato democratico⁶⁹.

Infatti, quando la questione è giunta alla Corte attraverso la via incidentale, come nella [sentenza n. 80 del 2010](#)⁷⁰ in tema di diritto all'istruzione dei disabili, i giudici costituzionali, pur riconoscendo come il legislatore goda di ampia discrezionalità nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili, hanno avuto modo di affermare che «*detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel "(...) rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000) (...) limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore*»⁷¹.

Nella precedente [decisione n. 467 del 2002](#)⁷², la Corte aveva dichiarato il diritto all'educazione dei disabili sin dagli asili nido, riconoscendo a costoro la relativa indennità di frequenza, ed aveva negato che l'attribuzione di tale assegno fosse riservata alla discrezionalità legislativa, ritenendo che anche l'asilo fosse utile alla formazione e socializzazione dei disabili.

Ancor prima la stessa Corte, con la [sentenza n. 215 del 1987](#)⁷³, aveva chiarito che al disabile deve essere garantito il diritto all'istruzione «*malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona*»⁷⁴, ponendo l'accento proprio sugli ostacoli di ordine economico, ben consapevole della necessità di annullare la disuguaglianza delle posizioni di partenza.

⁶⁹ F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2017, specie 25; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, richiamato anche da A. M. CECERE, *Garanzia dei diritti fondamentali e unità della costituzione nel progressivo formarsi del diritto pubblico europeo*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli 2009, 305 ss., specie 319 «i diritti fondamentali sono oggi considerati come il contenuto necessario del diritto costituzionale, vale a dire il solo contenuto che "nella situazione democratico-pluralista possa giustificarne ed affermarne stabilmente la superiore prescrittività" ». V. anche M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, V, Torino 2012, 251, e C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996.

⁷⁰ [Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80](#), che dichiara l'illegittimità parziale dell'art. 2, comma 413, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria del 2008), nella parte in cui condiziona l'esercizio del diritto all'istruzione dei disabili alla compatibilità con il bilancio dello Stato, qualifica tale diritto come diritto soggettivo fondamentale, la cui fruizione deve essere assicurata attraverso «*misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione*». V. al riguardo M.R. MAGNOTTA, *L'attuazione "condizionata" del diritto all'istruzione del diversamente abile, sotto il profilo dello standard di tutela assicurato dalla Corte costituzionale e dal giudice amministrativo*, in P. Bonetti, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino 2012, 534 ss.

⁷¹ Punto 4 del Cons. dir. della [sent. n. 80 del 2010](#).

⁷² [Corte cost. 22 novembre 2002, n. 467](#), che dichiara l'illegittimità dell'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289, («*Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 23 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi*»), nella parte in cui non prevede che l'indennità mensile di frequenza sia concessa anche ai minori che frequentano l'asilo nido.

⁷³ [Corte cost. 8 giugno 1987, n. 215](#), con nota di R. BELLI, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.*, 1987, 1629 ss., che stabilisce che lo Stato non è più solo facoltizzato, ma è obbligato ad assicurare ai portatori di handicaps la frequenza alle scuole medie superiori. Con tale decisione, definita una «svolta epocale» da F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano 2001, 251, l'integrazione del disabile viene ad essere oggetto di un diritto a prestazione e non più di una generica possibilità, come osserva A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 20. C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 3065 ss., segnala in tale decisione il richiamo all'art. 3, comma 2, Cost. e, quindi, al dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di fatto, oltre al consueto riferimento agli artt. 34 comma 3 e 38 comma 3 Cost.

⁷⁴ Punto 6 del Cons. dir. della [sent. n. 215 del 1987](#).

Non a caso i giudici costituzionali precisavano che «onde garantire l'effettività del diritto all'educazione (...) di minorati ed invalidi- e quindi dei portatori di handicaps- lo stesso art. 38 dispone, al quarto comma, che ai compiti a ciò inerenti debbano provvedere "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato". Ciò, per un verso, evidenzia la doverosità delle misure di integrazione e sostegno idonee a consentire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione anche superiore: dimostrando, tra l'altro, che è attraverso questi strumenti, e non col sacrificio di quelli, che va realizzata la composizione tra la fruizione di tale diritto e le esigenze di funzionalità del servizio scolastico»⁷⁵.

Seppure il ragionevole bilanciamento tra disponibilità finanziarie e garanzie dei diritti fondamentali spetti al legislatore, salvo il controllo della Corte, ciò non vuol dire, però, che i principi di economicità debbano necessariamente prevalere sugli altri, ma solo che occorre un bilanciamento calibrato di volta in volta sul caso in esame, di modo che i vincoli di bilancio siano comunque presi in considerazione, ma senza essere destinati al primato assoluto⁷⁶, in una sorta di gerarchia *mobile* dettata dal caso concreto⁷⁷.

Emblematica di tale ragionevole bilanciamento è la nota decisione sul «*caso Ilva*»⁷⁸, un *hard case* in cui l'emergenza ambientale e quella occupazionale a livello locale sono entrate in rotta di collisione nell'ambito della più vasta e generale emergenza economica dell'intero paese.

Nella specie, la Corte «salva» la disciplina censurata in quanto realizza «un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art.32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art.4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso»⁷⁹.

⁷⁵ Punto 8 del Cons. dir. della [sent. n. 215 del 1987](#).

⁷⁶ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti sociali*, cit., 14 «I principi di efficienza e di economicità, dunque, non prevalgono necessariamente sugli altri, così che il rigetto (NDR: della *quaestio legitimitatis*) non deriva da una predeterminazione del quadro di prevalenza-soccombenza dei principi costituzionali in gioco che assegni comunque la vittoria all'equilibrio finanziario, ma da una valutazione calibrata sul caso di specie, nella quale il "fattore crisi" entra, naturalmente, ma non *preorienta la soluzione*».

⁷⁷ Sul bilanciamento come metodo per dar vita ad una gerarchia "mobile" R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1992, 230. Secondo F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, 34, il bilanciamento della Corte costituzionale «consiste in un giudizio che, caso per caso, dispone i principi costituzionali in una sorta di gerarchia mobile, per cui un principio è anteposto ad un altro per la soluzione del caso di specie». Anche per A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova 2003, 140 ss., il bilanciamento tra le esigenze di spesa e l'esercizio dei diritti sociali non può essere risolto in astratto, ma va valutato caso per caso.

⁷⁸ [Corte cost. sent. 9 maggio 2013, n. 85](#), con cui la Corte dichiara legittimi gli artt. 1 e 3 del decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207 (Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, che consente la continuazione dell'esercizio delle attività lavorative nelle more dell'esecuzione di opere di risanamento ambientale nello stabilimento Ilva di Taranto, tenendo conto di tutti i diritti costituzionalmente protetti, senza che nessuno abbia una prevalenza assoluta sugli altri. V. al riguardo i commenti di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2013; L. GENINATTI SATÈ, "*Caso Ilva*": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 maggio 2013; E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in [Federalismi.it](#), n. 15/2013, nonché AA.VV., *Il caso Ilva davanti alla Corte costituzionale, in diritto penale contemporaneo*, n. 1/2013, a cui sia consentito rinviare. Sulla contrapposizione tra organi di indirizzo politico e la magistratura nei giudizi per conflitti di attribuzione E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino 2011, 241 ss., che sottolinea come la causa maggiore dei conflitti attenga alla insindacabilità parlamentare ex art. 68, comma 1, Cost., su cui, se si vuole, E. FURNO, *L'insindacabilità parlamentare. Ascesa, declino e trasformazione di una prerogativa*, Napoli 2009.

⁷⁹ Punto 9 del Cons. dir. della [sent. n. 85/2013](#).

In tale occasione la Corte nega che nell'architettura costituzionale vi possa essere un valore che funga da architrave ed abbia necessariamente la prevalenza e/o il primato sugli altri⁸⁰, dando vita ad una «“rigida” gerarchia tra diritti fondamentali»⁸¹.

Secondo i giudici costituzionali, infatti, «*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (...) La Costituzione italiana, come la altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato- dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo- secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*»⁸².

Negli ordinamenti pluralisti come il nostro, quindi, in caso di conflitto occorre ricercare la soluzione, che non si limiti a proteggere solo uno dei valori, con l'effetto di comprimere in modo insopportabile ed oltre ogni limite gli altri, ma consenta, avendo di mira gli artt.2 e 3 Cost., di rinvenire un ragionevole equilibrio tra le opposte esigenze ed i contrapposti principi⁸³.

Su tali posizioni è solita attestarsi anche la giurisprudenza amministrativa, che ribadisce la propria giurisdizione in tema di offerta formativa nei confronti degli studenti affetti da disabilità e riconosce il primato del loro diritto costituzionale all'istruzione sulle esigenze finanziarie e di bilancio⁸⁴.

Finanche la giurisprudenza contabile, che rappresenta il «giudice naturale del controllo della spesa pubblica», si è pronunciata con recenti arresti in tema di spese per il personale, ritenendo, ad esempio, non sussistere i presupposti dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori locali di un Comune, che aveva assunti nuovi insegnanti, nonostante il rapporto tra spese del personale e spese correnti superasse i limiti di legge. Nella specie, infatti, il Comune di Napoli aveva proceduto al reclutamento di personale a tempo determinato «*nella misura strettamente necessaria*» per soddisfare le esigenze di continuità dei servizi educativi della scuola dell'infanzia e degli asili nido comunali nel rispetto delle risorse finanziarie, nonostante il notevole disavanzo del conto di bilancio 2011.

In tale occasione, infatti, il Giudice contabile non ha esitato a mandare esenti da responsabilità gli amministratori locali, in quanto le norme sul contenimento della spesa pubblica non possono sacrificare la scuola e comprimere funzioni fondamentali come l'istruzione pubblica⁸⁵.

⁸⁰ Così M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva(n. 85/2013)*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 3/2014.

⁸¹ Punto 9 della [sent. n. 85 del 2013](#).

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Per M. CARTABIA, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, svoltasi a Roma il 24-26 ottobre 2013, 10, «i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata. Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite». V. anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 333, e Id., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 286 ss., nonché L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997, 899 ss., e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, *passim*.

⁸⁴ Cons. St., Adunanza Plenaria n. 7 del 12 aprile 2016; T.A.R. Campania, sede di Napoli, Sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4706, confermata da ord. Cons. St., 26 gennaio 2017, n. 302.

⁸⁵ Procura contabile della Regione Campania, 24 maggio 2013, con nota di M. MORVILLO, *Un caso “di scuola”: la vicenda del Comune di Napoli, fra diritti e vincoli di bilancio*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2013.

V. altresì Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione 28 maggio 2013, n. 139, e Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione 30 agosto 2008, n. 288. In ordine al c.d. premio di virtuosità per gli enti locali v. Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46, con nota di E. FURNO, *La Corte*

4. *La Corte costituzionale tra vincoli di bilancio e diritti sociali: [la sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016](#).*

Con la recente [sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016](#)⁸⁶ la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sul delicato nodo dei rapporti tra il principio dell'equilibrio finanziario, consacrato dal novellato art. 81 Cost. e destinato ad imporsi anche sull'autonomia finanziaria degli enti locali, e gli incompressibili diritti alle prestazioni sociali, tra cui rientra anche il diritto allo studio ed al servizio di trasporto scolastico dei disabili⁸⁷.

Accogliendo la *quaestio legitimitatis* sollevata in via incidentale dal T.A.R. per l'Abruzzo⁸⁸, investito della domanda con cui la Provincia di Pescara aveva chiesto alla Regione Abruzzo il pagamento del contributo, previsto dalla legge regionale 15 dicembre 1978, n. 78,⁸⁹ in misura pari al 50% delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti disabili (annualità 2006-2012), la Corte costituzionale ha ribadito la natura fondamentale del diritto allo studio dei disabili e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.6, comma 2-*bis*, della stessa legge regionale n. 78 del 1978, aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15⁹⁰, nella parte in cui prevedeva tale contributo solo «*nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa*», facendolo così dipendere da situazioni future ed incerte della gestione contabile regionale.

Nella specie, il giudice *a quo* lamentava che il mancato finanziamento del 50% da parte della Regione delle spese rendicontate dalla Provincia «*avrebbe determinato nel tempo un indebitamento tale da comportare una drastica riduzione dei servizi per gli studenti disabili, compromettendo l'erogazione dell'assistenza specialistica e dei servizi di trasporto*»⁹¹.

La Regione Abruzzo, dal canto suo, pur non contestando l'ammontare delle spese sostenute dall'amministrazione provinciale, replicava che, in virtù della norma della legge regionale censurata, il proprio obbligo di corrispondere il 50% di tali spese avrebbe trovato un limite nelle disponibilità finanziarie di bilancio.

Con tale decisione, il Giudice delle leggi, ritenuti assorbiti i profili di incostituzionalità sollevati in relazione all'art.10 Cost. ed all'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità⁹², rinviene nella norma censurata la violazione del terzo e quarto comma dell'art. 38 Cost., che assicurano il diritto allo studio delle persone affette da disabilità, in quanto

costituzionale ed il patto di stabilità interno: un'occasione mancata per tracciare i confini del giudicato costituzionale?, in *Giur. cost.*, n. 3/2013.

⁸⁶ [Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275](#): cfr. i commenti di A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, e di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione dei disabili: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte cost. n. 275 del 2016* (in corso di pubblicazione su *Giur. cost.*, n. 6/2016).

⁸⁷ V. la legge 5 febbraio 1992, n. 104, («Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate»), pubblicata sulla *G.U.*, Serie generale n. 39 del 17 febbraio 1992.

⁸⁸ Ordinanza del T.A.R. per l'Abruzzo, sede di Pescara, n. 123 del 19 marzo 2014, pubblicata nella *G.U.*, n. 30, prima serie speciale, dell'anno 2014.

⁸⁹ Legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, recante «Interventi per l'attuazione del diritto allo studio».

⁹⁰ Legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo – Legge finanziaria regionale 2004».

⁹¹ In particolare, secondo il T.A.R. rimettente, «*l'effettività del diritto allo studio degli studenti disabili, previsto dalla Costituzione, viene viceversa rimessa dalla legge regionale n. 78 del 1978 ad arbitrari stanziamenti di bilancio di anno in anno decisi dall'Ente territoriale*» (pag. 7 dell'ordinanza).

⁹² Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18.

«l'indeterminatezza del finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale»⁹³.

Secondo la Corte, «tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto», non potendo essere condivisa la tesi regionale, secondo cui ogni diritto, «anche quelli incompressibili della fattispecie in esame, debbono essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili»⁹⁴.

La Consulta, nel difficile bilanciamento tra il principio dell'equilibrio finanziario e la tutela costituzionale dei diritti incompressibili, privilegia questi ultimi, statuendo che «il rilievo costituzionale del diritto in oggetto costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio»⁹⁵.

Preme, infatti, ai giudici costituzionali sottolineare che, sebbene il legislatore goda di discrezionalità nell'individuazione delle misure per la tutela dei diritti delle persone disabili, tale potere discrezionale non è illimitato, ma «trova un limite invalicabile nella necessità di coerenza intrinseca della stessa legge regionale contenente la disposizione impugnata, con la quale viene specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»⁹⁶.

Ed è proprio il livello essenziale delle prestazioni dovute che, se da un lato viene salvaguardato dalla legge regionale, allocando risorse nel bilancio per tale diritto fondamentale, dall'altro, poi, risulta in concreto «vanificato dalla prescrizione contraddittoria che subordina il finanziamento (da parte regionale) degli interventi alle politiche ed alle gestioni ordinarie del bilancio dell'ente»⁹⁷.

Né, tanto meno, aggiunge la Corte, può sostenersi la tesi, secondo cui, ove la disposizione censurata «non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria»⁹⁸.

In disparte il rilievo che «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali»⁹⁹, risulta «di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice»¹⁰⁰, in quanto devono essere i diritti sociali di prestazione a prevalere sulle esigenze di bilancio e non viceversa.

E ciò a prescindere nel caso in esame dalla «genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione, nella quale convivono in modo indifferenziato diverse tipologie di oneri»¹⁰¹, in modo da lasciare la garanzia dei diritti fondamentali «al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno»¹⁰².

Dalla motivazione della decisione possono trarsi, in relazione al difficile equilibrio tra il regime di *austerità* e lo Stato sociale, due diversi spunti costruttivi: da un lato, il riconoscimento di un livello minimo ed essenziale del diritto a prestazioni riconducibili ai diritti sociali¹⁰³, insensibile alle

⁹³ Punto 9 del Cons. dir. della [sent. n. 275/2016](#).

⁹⁴ Punto 7 del Cons. dir. della [sent. n. 275/2016](#).

⁹⁵ Così A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo...*, cit., 2.

⁹⁶ Punto 10 del Cons. dir.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Punto 11 del Cons. dir.

⁹⁹ Punto 11 del Cons. dir.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Punto 13 del Cons. dir.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali, C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* (art. 117, comma 2, lett. m), *Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 887 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 2010, 155 ss.; I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, (a cura di F. Angelini E M.

esigenze di bilancio e non finanziariamente condizionato¹⁰⁴, con la storica affermazione, quanto all'art. 81 Cost., che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹⁰⁵; dall'altro, la conferma del sindacato di costituzionalità sulle leggi di approvazione del bilancio¹⁰⁶ e sulle relative scelte allocative delle risorse, peraltro già riconosciuto per il passato¹⁰⁷, dato che «non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio dello Stato o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale»¹⁰⁸.

In disparte il rilievo che i giudici costituzionali rinvennero il *vulnus* nella «incertezza» e nella «indeterminatezza» del finanziamento in quanto la norma censurata non ne precisa l'ammontare all'interno delle generiche poste del bilancio di previsione, «la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio»¹⁰⁹, resta comunque la «concorrente» affermazione del primato dei diritti sociali sul principio, di pari rilievo costituzionale, del pareggio di bilancio, che, nel conflitto degli opposti interessi, diviene recessivo.

La Corte, per assicurare il pieno e non parziale rimborso delle spese sostenute per il trasporto scolastico dei disabili, dà una lettura costituzionalmente orientata della norma impugnata, facendo prevalere, a fronte del principio del pareggio di bilancio ex art. 81 Cost. nuova formulazione, la garanzia dei diritti sociali della persona umana, anch'essi costituzionalmente garantiti¹¹⁰.

Benvenuti), Napoli 2012, 83 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (curr.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza* (atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa svoltosi a Trapani l'8 e il 9 giugno 2012), Napoli, 2013 (e in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/TruccoDEF.pdf>).

¹⁰⁴ L'espressione «diritti finanziariamente condizionati» «si deve a F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30-31, secondo cui «i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi».

¹⁰⁵ Punto 11 del Cons. dir.

¹⁰⁶ Per A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 87, deve ritenersi sindacabile anche una legge c.d. «meramente formale» «, un atto, cioè, che risponde al modello del procedimento legislativo ma privo di contenuti normativi quale può essere una legge di bilancio. Per G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino 2015, 131, la soppressione del terzo comma dell'art. 81 Cost. nella sua previgente formulazione («Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese») da parte della riforma cost. n. 1 del 2012 ha reso sostanziale la legge di bilancio. La tesi della qualificazione della legge di bilancio come «legge meramente formale», priva di forza attiva ed assimilabile ad un atto amministrativo, siccome non abilitata a modificare la legge su cui si fondano le previsioni di entrata e di spesa contenute nel bilancio, è assai controversa. V. al riguardo le osservazioni di V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 654 ss., A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, cit., 117 ss., e di N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, cit., 47 ss. Occorre ricordare come sul punto divergono anche altri ordinamenti come quello tedesco e quello francese: ad esempio, per il primo, il bilancio costituisce una tipica legge formale, mentre, per la scuola francese, la legge di bilancio ha valore sostanziale in quanto proroga di anno in anno le precedenti leggi finanziarie. In dottrina, R. GNEIST, *Budget und Gesetz nach dem constitutionellen Staatsrecht Englands*, Berlino 1867, trad. It. di R. Bonghi, *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze 1889, e Id., *Budget und Gesetz*, Berlino 1879; P. LABAND, *Staatsrecht*, 1883; G. JELLINEK, *Legge e decreto*, trad. it., Milano 1997; P. DE MARCE, *Le controle des finances en France et à l'étranger*, Paris 1928.

¹⁰⁷ [Corte cost. 25 maggio 1990, n. 260](#): «il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario, desumibile dall'art. 81 della Costituzione, non sia un presupposto per l'inammissibilità del giudizio di costituzionalità, ma rappresenti, piuttosto, un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali» (punto 3 del Cons. dir.).

¹⁰⁸ Punto 14 del Cons. dir.

¹⁰⁹ Punto 13 del Cons. dir.

¹¹⁰ Sul bilanciamento degli opposti valori R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, cit., 185 ss. In generale, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella*

Il *dictum* della Corte non è casuale perché è proprio la regola dell'equilibrio finanziario, imposta dall'art. 81 Cost. nuova formulazione anche agli enti territoriali, istituzionalmente erogatori di servizi sociali, ad entrare sempre più spesso in rotta di collisione con il soddisfacimento dei diritti sociali, che “costano” in quanto comportano forti implicazioni in termini di allocazione delle risorse disponibili¹¹¹.

Ora, se si intende che la Corte conclude il giudizio *de quo* con la determinazione di un ordine di precedenza in favore dei diritti sociali¹¹², il conseguente primato non può non imporsi anche agli organi dell'amministrazione ed allo stesso legislatore, che devono tenerne conto.

Così facendo, la Corte, nell'esercitare il proprio ruolo di guardiano della Costituzione, finisce con il divenire essa stessa «un attore che produce norme di diritto per via interpretativa, norme che vincolano i membri della comunità politica, cittadini ed organi dello Stato, altrettanto quanto le leggi, e che si impongono in linea di principio allo stesso organo legislativo»¹¹³.

Peraltro, già da tempo attenta dottrina segnala che, ove si bilancino esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali, le prime sono destinate a soccombere, potendosi tutt'al più praticare un *bilanciamento ineguale*¹¹⁴, salvo che il loro sacrificio implichi il parallelo sacrificio di altri (“controinteressati”) diritti fondamentali¹¹⁵, parimenti garantiti.

Bilanciamento ineguale vuol dire che il fine ultimo è costituito sempre dal soddisfacimento dei diritti della persona e non dall'efficienza economica, benché questa non possa essere sacrificata e compressa al di là di ogni ragionevole limite¹¹⁶.

Anche se nella [sentenza n. 275 del 2016](#) il richiamo all'art. 81 Cost. sembra essere frutto più di un *obiter dictum*¹¹⁷, che un portato del complessivo impianto motivazionale della decisione, la Corte ribadisce il primato, non offuscato dalla riforma costituzionale del 2012, dei diritti sociali sui vincoli di bilancio, rinforzando quella “scala di valori” da tenere presente quale «saldo parametro cui confrontare la scala di valori emergente dalla scelta operata dal legislatore»¹¹⁸.

giurisprudenza costituzionale, Milano 1992; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, 1997, I, 899 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit.; G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, vol. V, 4811 ss., e A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, 2008, vol. II, tomo II, 185 ss.

¹¹¹ Cfr. al riguardo E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, Torino 1991, *passim*, ove propone l'adozione di sentenze redistributive delle risorse tra i destinatari in applicazione del principio di uguaglianza, fermo restando la loro entità come determinata dalle decisioni legislative di spesa.

¹¹² A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, cit., 197 «Il giudizio intorno al bilanciamento svolto dal legislatore non si conclude, come spesso si ritiene, mediante una decisione di composizione del conflitto secondo una soluzione di equilibrio, ma, almeno di regola, con la determinazione di un “ordine di precedenza”».

¹¹³ S. LIETO- P. PASQUINO, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, 351 ss., specie 377. V. anche S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna 2008, *passim*.

¹¹⁴ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 79 ss., specie 100 «Certo, fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un *bilanciamento ineguale*, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)». Sostengono la non comparabilità dei diritti di prestazione e le esigenze di bilancio anche R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 109 ss., e C. PINELLI, *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, cit., 269 ss.

¹¹⁵ Così M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 46-47.

¹¹⁶ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 101.

¹¹⁷ Punto 11 del Cons. dir. della sent. n. 275/2016 «*la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio(...) È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione*».

¹¹⁸ R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in Id.(a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, cit., 151 ss., in part. 160, ove suggerisce che la Corte proceda ad un bilanciamento tra i diversi valori, non congiuntamente realizzabili, mediante un'adeguata motivazione,

Resta sullo sfondo la problematica del bilanciamento interno tra i diritti sociali o, comunque, tra i diritti sociali e gli altri diritti costituzionalmente garantiti, considerata la limitatezza delle risorse disponibili, in quanto ogni tutela, come nella specie quella del diritto all'istruzione ed all'assistenza scolastica del disabile, potrebbe "costare" in termini economici una minor tutela di altri diritti sociali della persona, o di altri diritti aventi pari dignità costituzionale, soprattutto in presenza di una certa rigidità delle poste del bilancio¹¹⁹.

5. Osservazioni conclusive.

Se i diritti sociali quali diritti fondamentali debbano necessariamente trovare soddisfazione, nonostante la contrazione delle risorse economiche pubbliche, almeno per quanto attiene i livelli essenziali fissati dalla legge, sembra potersi affermare, raccogliendo gli spunti offerti dalla giurisprudenza costituzionale, che il principio dell'equilibrio finanziario, uscito rafforzato dalla riforma dell'art. 81 Cost., è comunque soggetto ad un bilanciamento *inequale* con i diritti sociali, con cui è destinato sempre più a collidere nei tempi attuali di erosione e crisi dell'intero sistema del *welfare State*.

Quindi, anche dopo la riforma dell'art. 81 Cost., occorre respingere la tesi, secondo cui la Corte è «tenuta ad applicare il principio di equilibrio di bilancio come una sorta di super-valore costituzionale, capace cioè di prevalere in modo assoluto, ovvero senza adeguata e ragionevole ponderazione, sui diritti costituzionalmente garantiti allorché questi comportino oneri finanziari che alterano il preesistente quadro di riferimento degli impegni di finanza pubblica collegati ad un determinato obiettivo di bilancio»¹²⁰.

Il rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie non può non tenere conto dell'ordine materiale dei valori costituzionali, del primato della persona umana e della sua dignità consacrato dall'art. 2 Cost., della natura fondamentale dei diritti sociali quali derivati dal principio di uguaglianza sostanziale e dal principio personalista che si compendia nel progetto del «pieno sviluppo della persona umana» ex art.3, secondo comma, Cost.¹²¹ ed, in generale, della giustizia sociale¹²², di cui è permeata l'intera Carta costituzionale.

Grazie all'apporto della giurisprudenza costituzionale ed all'utilizzo del paradigma della dignità umana e del pieno sviluppo della persona, si assiste al prevalere dei diritti sociali nel loro nucleo incompressibile anche a discapito della scarsità delle risorse finanziarie.

tale da poter «servire come indirizzo alla attività di bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che il Parlamento è chiamato a svolgere allorché si appresta ad approvare una legge».

¹¹⁹ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, specie 13.

¹²⁰ Così, in relazione alla sent. n. 70 del 2015, G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015, 4.

¹²¹ Per C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011, 14 ss., la pienezza dello sviluppo della persona umana è il parametro espansivo per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti deboli. Sul legame tra diritti sociali e l'art. 3, comma 2, Cost., v., *ex plurimis*, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano 2001, 122 ss.

¹²² M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, Conferenza tenuta il 15 febbraio 2013 all'Università di Padova, all'indirizzo telematico www.unipd.it/scuolacostituzionale, 3, ricorda come la giustizia sociale sia un principio costituzionale supremo, di cui le forze politiche presenti nell'Assemblea costituente erano ben consapevoli «affermare l'esistenza di un diritto senza che il suo titolare abbia la possibilità di esercitarlo per motivi di carattere economico e sociale, equivale ad attribuire valore soltanto formale a quel riconoscimento». Dello stesso Autore, v. *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. IV, 3163 ss., ove evidenzia come portato della giurisprudenza costituzionale l'affermazione della dignità quale fonte di nuovi diritti emergenti dall'evoluzione sociale.

Come puntualmente rilevato dalla dottrina, infatti, «non è compatibile con il disegno costituzionale “che alle fasce più deboli siano riconosciuti (...) dei diritti, che sono diritti fondamentali, solo e se quando le risorse disponibili, o la situazione economica lo consente”»¹²³.

Il che vuol dire per il legislatore il dover rendere effettivo e concreto l'esercizio dei diritti sociali anche ai soggetti privi delle necessarie risorse economiche, per garantire loro la realizzazione dei diritti fondamentali di prestazione, senza indebiti sacrifici in nome di una malintesa prevalenza di vincoli economico-finanziari.

Occorre, allora, escludere il primato dei vincoli finanziari, in modo da riaffermare lo statuto costituzionale dei diritti sociali contro le tendenze alla loro de-costituzionalizzazione¹²⁴, per rivalutare in concreto il principio di solidarietà collettiva, pilastro fondante della nostra democrazia¹²⁵, e la conseguente esigenza di tutela dei soggetti deboli.

In conclusione, l'affermazione giurisprudenziale che i diritti sociali devono poter trovare tutela nonostante stringenti vincoli economici, sia nazionali, sia comunitari, non sembra di poco conto in un periodo, qual è il nostro, caratterizzato da una sempre maggiore e paralizzante scarsità delle risorse finanziarie.

¹²³ L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in [Costituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), n. 3/2015, 139.

¹²⁴ L'espressione è tratta da A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte cost. n. 275 del 2016*, cit., 1.

¹²⁵ Come rilevato puntualmente da A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano 2012, *passim*.

Giovanni Piccirilli*

L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)**

SOMMARIO: 1. *Premessa: gli scenari ipotizzati alla vigilia.* – 2. *Elementi di continuità e innovazioni nell'economia della ratio decidendi.* – 3. *Il definitivo abbandono del “dialogo indiretto”? Quando la “doppia pregiudizialità” incrocia i principi supremi.* – 4. *Dai controlimiti alla identity review?* – 5. *Una rinvio necessario per evitare il ricorso immediato ai controlimiti.* – 6. *L'art. 4 (2) TUE come “europeizzazione” dei controlimiti. Qualche riflessione conclusiva sulle prospettive della nuova pronuncia pregiudiziale.*

1. *Premessa: gli scenari ipotizzati alla vigilia.*

La decisione della Corte costituzionale di procedere a un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel cd. “caso Taricco”¹ costituisce una soluzione assai meno dirompente rispetto a molti degli scenari ipotizzati alla luce delle questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di cassazione².

Nei numerosi commenti agli atti di promovimento del giudizio erano stati sostenuti diversi orientamenti³, che prospettavano, nell'ordine: l'accoglimento delle censure dei giudici rimettenti (azionando per la prima volta i controlimiti nei confronti del diritto dell'Unione europea⁴); un dispositivo di infondatezza, cui giungere mediante una opposta interpretazione dell'impatto della

* *Ricercatore di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, LUISS Guido Carli.*

** Il presente contributo costituisce uno sviluppo dell'intervento svolto in occasione del seminario sul tema “*Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*”, tenutosi il 24 febbraio 2017 presso l'Università di Ferrara, i cui atti sono in corso di pubblicazione a cura di A. Bernardi e C. Cupelli.

¹ [Corte costituzionale, ord. n. 24 del 2017](#). Sia consentito segnalare una sorta di anomalia “tipografica” nella struttura della pronuncia: non risultano infatti casi precedenti di paragrafazione numerata di una ordinanza (strutturazione che è tipicamente riservata alle sole sentenze). Neanche nei due precedenti rinvii pregiudiziali operati con [ordd. nn. 103 del 2008](#) e [207 del 2013](#) si era adottata una soluzione simile, salvo che nella traduzione in inglese della prima delle pronunce richiamate, disponibile sul sito della Corte, mediante una sorta di numerazione delle partizioni aggiunta informalmente tra parentesi quadre (accorgimento che è appunto presente nella sola versione tradotta): www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O2008103_Bile_Gallo_en.pdf. Non è dato sapere se e quanto l'innovazione presente nella pronuncia in commento sia stata ricercata consapevolmente dalla Corte costituzionale, ma, in ogni caso, una simile strutturazione può costituire un presupposto strumentale per realizzare un minimo di dialogo in vista della pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di giustizia, mettendo quest'ultima nella possibilità di citare (e dunque rispondere analiticamente a) i vari passaggi dell'atto introduttivo del proprio giudizio.

² Corte d'appello di Milano, ord. 18 settembre 2015 (n. 339 r.o. 2015) e Corte di cassazione, ord. 8 luglio 2016 (n. 212 r.o. 2016).

³ Benché la vicenda si sia sviluppata in un arco temporale tutto sommato limitato, i commenti in dottrina (costituzionalistica, penalistica, processualpenalistica e del diritto dell'Unione europea) sono numerosissimi, tanto da renderne impossibile un richiamo completo in questa sede. Per tutti si v., oltre al limitato numero di commenti citati nelle note immediatamente seguenti, l'analitica classificazione operata da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2016, spec. 15 s.

⁴ Tra gli altri, V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 maggio 2016. Si v. altresì R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in [Federalismi.it](#), 2016, che in ogni caso sottolinea come la azionabilità dei controlimiti nel caso di specie fosse “quanto meno difficoltosa” (17), e O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 301 s., spec. 326 s., che riconduceva la necessità di ricollegare i controlimiti essenzialmente al principio di attribuzione.

sentenza europea nell'ordinamento interno⁵ (al prezzo tuttavia di sovvertire decenni di giurisprudenza precedente⁶), aprendo così la strada verso il conferimento di “un maggiore peso alla fedeltà comunitaria”⁷; una decisione interpretativa di rigetto, con modulazione temporale degli effetti dell'ingresso della “regola” emergente dalla sentenza Taricco nell'ordinamento interno⁸; una sorta di soluzione “mediana”, che giungesse comunque a un dispositivo di rigetto, mediante tuttavia un raffinamento del concetto di principio supremo (al fine di distinguere al suo interno tra “nucleo essenziale” e “periferia”⁹).

Dinanzi a tutte queste ipotesi, tra loro differenti ma in qualsiasi caso non poco clamorose, certamente la strada del rinvio pregiudiziale costituisce una soluzione ispirata all'approfondimento, alla ponderazione e al raffreddamento del conflitto¹⁰. O almeno, queste sembrano essere, nell'immediato, le ricadute della pronuncia.

A un esame più approfondito, la pronuncia appare costituirsi come una sorta di “manifesto dualista”, che enfatizza la distinzione tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo¹¹, per di più ponendosi come una sostanziale “diffida” – se non proprio un *ultimatum*¹² – da parte del giudice costituzionale di uno Stato membro nei confronti del giudice europeo¹³, ribadendo le condizioni di appartenenza

⁵ V., benché in riferimento alle argomentazioni contenute nella ordinanza di rimessione della sola Corte d'appello di Milano, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “controlimiti”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 settembre 2015, nonché *amplius* ID., *Il caso Taricco davanti alla corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 2016, spec. 26 s.

⁶ Segnalava questo rischio in caso di rigetto delle questioni C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, spec. 5 s., il quale opponeva alle letture più favorevoli alla decisione della Corte di giustizia la qualificazione di “alibi” di qualsiasi interpretazione in senso processuale della prescrizione, data la ferma giurisprudenza costituzionale in senso diverso.

⁷ Questa è una delle ipotesi prospettate da R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, spec. 18.

⁸ Questa soluzione era stata ipotizzata da G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 2016, spec. 9, benché in relazione alle sole censure prospettate dall'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Milano.

⁹ Così P. FARAGUNA - P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2016, spec. 212, su cui, specificamente *contra* D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 228 s., spec. n. 6.

¹⁰ Di decisione “coraggiosa” parla C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*. Diversamente, ne sottolinea la (parziale) natura “interlocutoria” F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in questa *Rivista, Studi*, 2017/I, 95 s.

¹¹ Esemplare a questo proposito è il passaggio presente al § 6 della pronuncia, ove si richiama la “volontà degli Stati membri” da cui ha tratto origine l'ordinamento europeo, per il quale sarebbe impossibile negare i fondamenti costituzionali dei medesimi Stati membri, dovendo così includere nella concezione di primato del diritto europeo il rispetto di quel “tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro”.

¹² Così A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in questa *Rivista, Studi*, 2017/I, 81 s. In termini non dissimili, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 febbraio 2017, il quale definisce la pronuncia “garbata nella forma, rocciosa nella sostanza”.

¹³ V., in particolare al § 2: “Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo”.

dell'Italia all'Unione europea e i confini reciprocamente posti alle due Corti nella composizione dei conflitti interpretativi a cavallo tra i due ordinamenti.

2. *Elementi di continuità e innovazioni nell'economia della ratio decidendi.*

Pur presentando non pochi tratti innovativi, gli elementi che risultano maggiormente condizionanti nella definizione dell'intero ragionamento della Corte sono, al contrario, basati sulla continuità rispetto alla giurisprudenza precedente (benché, forse, motivati in maniera estremamente sintetica, se non apodittica). Da un lato, la conferma delle granitiche affermazioni circa la qualificazione della prescrizione come istituto di diritto penale sostanziale¹⁴, in quanto parte integrante delle condizioni di punibilità¹⁵, dall'altro il richiamo al principio di determinatezza in materia penale¹⁶, e la successiva ascrizione di entrambi gli elementi al “principio supremo” di legalità in materia penale.

Proprio la centralità che ha nell'argomentazione della Corte questa conferma della natura sostanziale della prescrizione avrebbe probabilmente meritato una ricostruzione maggiormente analitica dei precedenti, al fine di meglio condurre il lettore (a partire dal destinatario del rinvio pregiudiziale) alla piena comprensione dei principi costituzionali sottesi. Al contrario, tale continuità è affermata in maniera succinta, con meri rinvii per estremi ai precedenti giurisprudenziali¹⁷. Nessun tentativo – quand'anche al solo fine di sottolinearne l'impossibilità – di bilanciamento o contemperamento è percorso o tentato al fine di conciliare le opposte esigenze di diritto all'oblio e effettività del diritto dell'Unione europea che, sin dai trattati (e poi nel diritto derivato), affermano la necessità di effettività e dissuasività delle sanzioni avverso frodi fiscali lesive, tra l'altro, degli interessi finanziari dell'Unione. Dinanzi alla riaffermazione della concezione sostanziale della prescrizione, invece, soccombe completamente qualsiasi esigenza di applicazione del diritto dell'Unione europea contrastante con essa, a seguito della riconduzione di tale concezione all'interno del principio di legalità in materia penale e, di seguito alla riconduzione di quest'ultimo al novero dei principi supremi dell'ordinamento.

La continuità con la giurisprudenza precedente nella parte più strettamente penalistica della pronuncia determina lo stretto margine di operatività per la parte residua della decisione. Ciononostante, sono appunto rinvenibili non trascurabili elementi innovativi, che saranno analizzati di seguito.

Il primo è relativo alle motivazioni che hanno condotto, per la terza volta in assoluto (e per la seconda volta in sede di giudizio di costituzionalità introdotto in via incidentale), a procedere sulla strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, secondo un percorso argomentativo che in più punti pare distaccarsi dai precedenti.

Il secondo concerne invece una innovazione (lessicale e argomentativa) con cui la Corte costituzionale sembra aver sostituito (o forse integrato), almeno in questa circostanza, la dottrina dei controlimiti in una inedita – stando alla sua stessa giurisprudenza – interpretazione dell'art. 4 (2) TUE,

¹⁴ V., per tutte, la [sent. n. 143 del 2014](#).

¹⁵ [Corte cost., sent. n. 23 del 2013](#).

¹⁶ ... che la stessa Corte costituzionale (§ 5 e poi § 9) ricollega alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE “quale corollario del principio di certezza del diritto ([sentenza 12 dicembre 1996 in cause C-74/95 e C-129/95](#), punto 25)”, ricordando altresì come essa sia “presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e [che dunque incarna] un principio generale del diritto dell'Unione”.

¹⁷ V., al § 4, ove in tre (rapidi) periodi si rimanda appunto alla [sent. n. 143 del 2014](#) per la riconduzione del regime della prescrizione al principio di legalità in materia penale e alla [sent. n. 23 del 2013](#) per la sua incidenza sulla punibilità della persona.

introducendo per la prima volta nelle proprie decisioni la nozione di “identità costituzionale” (italiana) come limite all’applicazione del diritto dell’Unione europea¹⁸.

Con il presente contributo si intende dar conto di questi elementi di discontinuità presenti nella pronuncia in commento, nonché, in conclusione, di proporre una possibile chiave di lettura unificante tra loro, che delinea la *ratio* di fondo di una decisione in qualche modo obbligata dalle sue stesse premesse, ma tendente a lasciare aperta, per quanto possibile, la via per una composizione di un conflitto altrimenti esplosivo e potenzialmente distruttivo del rapporto tra ordinamento costituzionale italiano e ordinamento europeo, purché a condizione di riconoscere la preminenza dei principi costituzionali supremi degli Stati membri, come interpretati secondo i meccanismi dei loro stessi ordinamenti, rispetto alla uniformità (e al primato) del diritto dell’Unione come interpretato dalla Corte di giustizia.

3. Il definitivo abbandono del “dialogo indiretto”? Quando la “doppia pregiudizialità” incrocia i principi supremi.

Il primo profilo che si ritiene meritevole di approfondimento consiste nell’analisi delle condizioni necessarie alla rimessione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in relazione alle quali sembrano sussistere non pochi tratti di innovatività rispetto ai precedenti¹⁹.

È noto che, sul punto, vi è stata una progressiva evoluzione della posizione della Corte costituzionale che, dopo iniziali segnali di apertura²⁰, era giunta a negare *tout court* la possibilità di essere ricondotta alla “giurisdizione nazionale” di cui all’art. 267 TFUE²¹ e dunque la propria idoneità a esperire tale rinvio.

L’eventuale chiusura “totale” da parte della Corte costituzionale alla possibilità di attivare tale strumento di “dialogo” con la Corte di giustizia era stato rilevato come criticità da parte della dottrina ben prima della “svolta” del 2008, specie in relazione ai giudizi in via principale²², ossia quando si è in assenza di un giudice che potesse, dal processo principale, invocare l’intervento della Corte di Lussemburgo. Nei giudizi in via incidentale, infatti, la Corte costituzionale aveva condotto indirettamente a garantire la priorità della soluzione del dubbio di compatibilità con il diritto

¹⁸ ... per altro, con un esplicito e, almeno in questi termini, inedito, riferimento al primato dello stesso diritto UE (§ 6): “Il primato del diritto dell’Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali”.

¹⁹ La presenza di “continui” e “discontinui” nell’argomentazione della Corte costituzionale in materia di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE era stata rilevata già da M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell’ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4 s.

²⁰ V., in proposito, le aperture contenute nella [sent. n. 168 del 1991](#), ove si accenna indirettamente alla “facoltà di sollevare anch’essa questione pregiudiziale di interpretazione”.

²¹ Sul punto l’[ord. n. 536 del 1995](#), ove richiama la propria giurisprudenza precedente in tema di individuazione degli organi giudiziari, in particolare definita con [sent. n. 13 del 1960](#). Sul punto, criticamente, T. GROPPI, *La Corte Costituzionale italiana come giudice del rinvio ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE*, in *Giudici e Giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di P. Ciarlo, G. Pitruzzella e R. Tarchi, Torino, 1997, 173 s., la quale sottolineava la necessità di interpretare la locuzione di “giurisdizione nazionale” (derivante del resto da una fonte delle Comunità europee) alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e non in base a canoni nazionali.

²² M. CARTABIA - J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 194 s.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 99 s.

dell'Unione, attraverso decisioni processuali di stimolo al giudice del processo principale nel senso di esperire il rinvio pregiudiziale precedentemente alla sollevazione della questione di costituzionalità²³, per poi giungere alla (ri)attivazione del giudizio di costituzionalità²⁴.

Non a caso, il primo rinvio pregiudiziale veniva effettuato dalla Corte costituzionale proprio a partire da un giudizio introdotto in via d'azione. Com'è noto, nell'ordinanza n. 103 del 2008 la Corte costituzionale aveva operato un netto *revirement* rispetto alla sua stessa ascrivibilità – “pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno” – alla giurisdizione nazionale di cui all'(allora) art. 234 TCE, per di più sottolineando come la legittimazione della Corte costituzionale a promuovere il rinvio pregiudiziale fosse rafforzata dalla sua posizione di “giurisdizione di unica istanza” (come tale, non appellabile e dunque riconducibile al caso di giudice di “ultima istanza” che è tenuto al rinvio), e marcando così la differenza rispetto ai giudizi promossi in via incidentale. Infine, quasi *ad adiuvandum*, concludeva aggiungendo una considerazione apagogica per la quale “ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE²⁵”.

Il successivo rinvio pregiudiziale, operato con [ordinanza n. 207 del 2013](#), aveva aggiunto un ulteriore elemento di novità. Esso infatti era nato all'interno di un giudizio introdotto in via incidentale, che dunque rendeva la controversia dotata di un giudice (diverso dalla Corte costituzionale) chiamato a pronunciarsi su di essa²⁶. Tuttavia, nonostante nel frattempo fossero intervenuti ulteriori segnali di “apertura” più o meno incondizionata²⁷, e per quanto fosse “presente” un giudice (quello del processo principale), quest'ultimo non avrebbe potuto rimettere la questione pregiudiziale di interpretazione sul diritto dell'Unione europea, in quanto essa nasceva su norme europee prive di effetto diretto, e dunque idonee a venire in rilievo soltanto nel corso del giudizio di costituzionalità avente come oggetto la norma interna eventualmente incompatibile con esse. Ancorché sinteticamente, questo passaggio logico è contenuto nella parte conclusiva della motivazione dell'[ordinanza n. 207 del 2013](#) (o, almeno, è

²³ La Corte ha proceduto alla restituzione degli atti al fine di richiedere un preventivo chiarimento dell'interpretazione del diritto europeo mediante un rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice *a quo* con l'[ord. n. 319 del 1996](#). Nella successiva [ordinanza n. 108 del 1998](#) si è operata una analoga restituzione degli atti ma anzitutto in ragione della necessaria nuova valutazione della rilevanza alla luce dell'intervento di uno *ius superveniens*. Tuttavia anche nell'occasione da ultimo richiamata la Corte ha ribadito come spettasse al giudice del processo principale “provocarne” l'interpretazione “certa e affidabile” da parte della Corte di giustizia per mezzo del rinvio pregiudiziale.

²⁴ Sulla diversa considerazione delle ordinanze di restituzione degli atti rispetto alla continuità o alla conclusione (ed eventuale novazione) del processo costituzionale v., da una parte, A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965, e, dall'altra, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

²⁵ I passaggi virgolettati sono tratti dall'[ord. n. 103 del 2008](#), su cui v. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 900 s.

²⁶ Si v. però B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 ottobre 2013, spec. 5, la quale rinviene un appiglio per procedere al rinvio pregiudiziale anche nel corso del giudizio costituzionale introdotto in via incidentale già nella precedente [sent. n. 102 del 2008](#), ove si identifica come presupposto a tal fine non solo (e non tanto) la presenza di un “giudice abilitato a definire la controversia”, ma di un giudice chiamato “ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario”.

²⁷ V. la [sent. n. 28 del 2010](#), spec. § 6 in dir., ove la Corte esclude la possibilità di procedere al rinvio pregiudiziale, pur sollecitato dall'Avvocatura dello Stato e dalle parti private, opponendo l'insussistenza del dubbio di interpretazione della fonte europea, facendo così propria la dottrina dell'*acte clair* senza particolari riferimenti a tal fine alla efficacia diretta o meno dell'atto interessato (che in ogni caso ne era sprovvisto).

desumibile da essa²⁸), ove si sottolineava che l'assenza di effetto diretto delle norme europee rendeva "concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost." e che, al fine di giungere alla definizione della questione di costituzionalità all'attenzione della Corte, fosse preliminarmente necessario risolvere la questione di interpretazione delle norme europee, in quanto queste ultime sarebbero andate a integrare il parametro costituzionale, definendo così la cornice all'interno della quale sarebbe poi avvenuto il giudizio di costituzionalità sulla norma interna²⁹. Dunque in questo caso la risoluzione del dubbio di compatibilità con il diritto europeo non escludeva il successivo giudizio di costituzionalità, ma anzi si rendeva necessaria proprio in vista di quest'ultimo.

L'[ordinanza n. 24 del 2017](#), invece, si muove in un perimetro diverso.

La norma europea per la interpretazione della quale è invocato il rinvio pregiudiziale (ossia l'art. 325 (1) e (2) TFUE) ha chiaramente effetto diretto, o almeno tale circostanza è stata esplicitamente ribadita proprio in occasione della sentenza della Corte di giustizia sul caso Taricco³⁰, e puntualmente richiamata dalla stessa Corte costituzionale³¹. Nei casi precedenti di "doppia pregiudizialità" (ossia di coesistenza rispetto a una stessa norma interna tanto di dubbi di compatibilità con il diritto UE, che di dubbi di costituzionalità) la Corte costituzionale aveva sempre escluso l'ammissibilità delle questioni quando le norme europee fossero "pacificamente provviste di effetto diretto"³², richiamando il giudice del processo principale a esperire previamente il rinvio pregiudiziale in quanto "*prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità"³³. Si era argomentato come la risoluzione del dubbio di interpretazione del diritto europeo avesse un impatto immediato sulla stessa applicabilità della norma censurata, con esiti perciò determinanti ai fini della motivazione della rilevanza di una possibile questione di costituzionalità.

Nella pronuncia in commento, invece, non si trova traccia di questo tipo di argomentazioni, né di una differenza specifica rispetto ai precedenti di inammissibilità delle questioni di costituzionalità nei casi di "doppia pregiudizialità" concernenti norme europee dotate di effetto diretto. La Corte si limita solo a richiamare l'art. 267 TFUE come base per procedere al rinvio pregiudiziale, senza tornare (neanche per mero richiamo) sulla sua ascrivibilità alla categoria della giurisdizione nazionale (ormai da ritenersi acquisita), né sulla specifica differenza tra i casi di "doppia pregiudizialità" relativi a norme europee aventi o meno effetti diretti. L'aver già praticato in passato la via del rinvio pregiudiziale sembra giustificare di per sé la possibilità di esperirlo di nuovo, senza limiti di sorta rispetto alle

²⁸ Ancora B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale...*, cit., 6 s.

²⁹ Sul punto, specificamente, G. REPETTO, *Pouring new wine into new bottles? The preliminary reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2015, 1449 s., spec. 1461.

³⁰ [Corte di Giustizia, causa C-105/14](#), § 58: "[...] Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE". V., però, criticamente, D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in [Sidiblog](#), 25 febbraio 2017.

³¹ [Ord. n. 24 del 2017](#), § 7: "La sentenza resa in causa Taricco ha stabilito che l'art. 325 del TFUE ha efficacia diretta e comporta l'obbligo di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione dei reati che, nei casi e alle condizioni individuate, compromette l'effettività della sanzione".

³² Cfr., per tutte, la [sent. n. 284/2007](#): "non compete a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto". Si v. altresì le successive [ordd. nn. 415/2008](#) e [100/2009](#).

³³ Così sempre la [sent. n. 284 del 2007](#).

circostanze o alle modalità secondo le quali viene a emergere il dubbio di compatibilità tra norma interna e norma europea³⁴.

Non solo. La stessa Corte costituzionale precisa che, qualora la Corte di giustizia concordasse con la ricostruzione del significato dell'art. 325 del TFUE come da essa stessa ipotizzato (e relativizzato), “sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti”³⁵. Dunque, è lo stesso Giudice delle leggi a ribadire la priorità logica e giuridica del rinvio pregiudiziale rispetto al giudizio di costituzionalità, senza però – come sarebbe forse potuto sembrare coerente con le pronunce precedenti – rimandare ai giudici *a quibus* il dialogo con la Corte di giustizia.

Non deve però sottovalutarsi la particolarità del caso nel quale viene in rilievo il rinvio pregiudiziale in parola, ossia l'esame di questioni di costituzionalità che invocavano l'attivazione dei controlimiti, a seguito del riconoscimento della possibile violazione di principi supremi, e che dunque posizionano il diritto europeo non a integrazione del parametro di giudizio della questione di costituzionalità, ma anzi nell'oggetto della stessa (almeno, indirettamente, stante il riferimento delle questioni alla legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati europei). Questi elementi di distinzione rispetto al [precedente del 2013](#) sembrerebbero condurre a una limitazione della portata innovativa dell'approccio percorso in relazione all'analisi delle condizioni necessarie ai fini della sollevazione del rinvio pregiudiziale, circostanziandola appunto all'incrocio (finora inedito) della doppia pregiudizialità (europea e costituzionale) con l'individuazione e la possibile attivazione dei principi supremi³⁶. Il monopolio interpretativo della Corte costituzionale rispetto a questi ultimi potrebbe quindi condurre a una singolare analogia rispetto al giudizio in via principale, facendo ricorrere anche in questa circostanza l'elemento della unicità del giudice in grado di “applicare” la norma interna in possibile antinomia a quella europea (secondo il lessico e il ragionamento proposto nella precedente pronuncia n. 102 del 2008) e, dunque, l'unico in grado di poter invocare il chiarimento interpretativo su quest'ultima da parte della Corte di giustizia.

4. *Dai controlimiti alla identity review?*

Il fatto che, per la prima volta, il rinvio pregiudiziale “incroci” i principi supremi conduce a approfondire il secondo profilo che, in questa sede, si ritiene meritevole di interesse, concernente alcune innovative scelte lessicali e argomentative presenti nella motivazione. A questo proposito, benché nella pronuncia non difettino argomentazioni già presenti nella giurisprudenza pregressa, tra cui il riferimento alle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri dell'UE (art. 6 TUE)³⁷, non si può non cogliere come essa dedichi una parte rilevante alla necessità di individuare, affermare e

³⁴ Sembra dunque compiersi solo ora (e non è detto che l'eccezionalità del caso non nasconda ulteriori riserve che si manifesteranno in futuro) quell'ultimo passo nel cammino europeo della Corte costituzionale, che alcuni avevano già visto con [il secondo rinvio pregiudiziale nel 2013](#): O. POLLICINO, *From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court*, in *European constitutional law review*, 2014, 143 s.

³⁵ § 10.

³⁶ Sul punto è chiarissima la parte finale del § 6: “la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, né può essere ulteriormente gravata dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascun Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che [...] il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale. Compete poi a ciascuno di questi ordinamenti stabilire a chi spetti tale verifica. La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte, e bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale”.

³⁷ Tra le varie, v., in particolare la [sent. n. 80 del 2011](#), spec. §§ 5.1 e 5.2.

garantire, nel prisma dell'art. 4 (2) TUE, l' "identità costituzionale" (italiana), alla quale viene ascritto il principio di legalità in materia penale e, come suo svolgimento concreto, la concezione sostanziale della prescrizione, cui si accennava in precedenza.

Resta del tutto assente – con una scelta che colpisce il lettore “proveniente” dagli argomenti sviluppati negli atti di promovimento del giudizio – una costruzione argomentativa fondata sui “controlimiti” (e la stessa dizione è assente nel testo della pronuncia), se non in maniera ellittica e implicita³⁸, nonostante gli stessi “controlimiti” fossero emersi in maniera testuale ed esplicita nella più recente giurisprudenza costituzionale in tema di principi supremi (benché con riferimento al diritto internazionale)³⁹.

Inoltre, a quanto risulta, l'unica volta che nella giurisprudenza costituzionale precedente si era utilizzata l'espressione “identità costituzionale” era accaduto, in tutt'altro contesto, nella [sentenza n. 262 del 2009](#), con cui si è dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni in materia di sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato (cd. “Iodo Alfano”). In quella sede si era fatto ricorso all'espressione “identità costituzionale”, senza alcun riferimento all'interazione tra ordinamento interno e ordinamento europeo, ma al diverso fine di ascrivere a tale (imprecisata) locuzione – per altro in un momento nel quale il Trattato di Lisbona doveva ancora entrare in vigore – il sistema delle prerogative, regolato da norme costituzionali, che conduce alla possibile differenziazione di trattamento di fronte alla giurisdizione dei titolari o dei componenti di un organo costituzionale⁴⁰.

L'introduzione, con la pronuncia in commento, della locuzione “identità costituzionale” e la sua esplicita riconduzione all'art. 4 (2) TUE non sembra potersi considerare una mera innovazione lessicale, costituendo invece la premessa necessaria per l'apertura dell'argomentazione della Corte a un modo, all'apparenza, del tutto nuovo di intendere la partecipazione italiana all'Unione europea. Del resto, il rilievo fornito dalla Corte costituzionale a tale “identità costituzionale” è vieppiù interessante in quanto si tratta di una categoria derivante da una disposizione del diritto dell'Unione europea (e non della Costituzione italiana), che tuttavia la Corte interpreta e utilizza al fine di misurare su di essa la compatibilità con la regola tratta dalla Corte di giustizia dall'art. 325 TFUE⁴¹. Non a caso, l'art. 4 (2) TUE è utilizzato in motivazione ma non riportato nel dispositivo, ossia nelle domande rivolte in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. È dunque utilizzato come premessa, come riferimento per l'affermazione del limite al diritto dell'Unione, alla luce del quale l'interpretazione dell'art. 325 TFUE deve essere rivista (o forse semplicemente ribadita in termini più chiari e compatibili con il limite ora individuato).

Forse non è opportuno enfatizzare oltre misura le innovazioni lessicali rinvenibili nella pronuncia (ossia, la “sparizione” del termine “controlimiti” e l'inserimento del lessico della “identità

³⁸ V., al § 2: “l'osservanza dei principi supremi [...] è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso [per cui] tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi”; “Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo”.

³⁹ V. la [sent. n. 238 del 2014](#), spec. al § 3.2. del ritenuto in fatto. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 12, sottolinea le “evidenti finalità ricostruttive dell'approccio adottato dalla Corte rispetto alla nozione dei controlimiti”, che probabilmente giustificano anche quella scelta terminologica innovativa.

⁴⁰ V. [sent. n. 262 del 2009](#), § 7.3.2.2 in dir. Ulteriormente diverso è l'utilizzo fatto in precedenza della locuzione “identità nazionale”, presente nella sola [sentenza n. 203 del 1989](#), relativa all'insegnamento della religione cattolica nella scuola dell'obbligo, ove si evidenzia il contrasto tra le *rationes* delle legislazioni di età liberale e di età fascista al fine di dispensare dall'insegnamento di religione, individuando nella religione durante l'esperienza fascista “un connotato dell'identità nazionale da farsi maturare nella scuola di Stato”.

⁴¹ § 7 della [ord. n. 24 del 2017](#).

costituzionale”). Come la giurisprudenza costituzionale pregressa dimostra, proprio in questi temi è difficile rinvenire una piena coerenza terminologica o un percorso fatto di acquisizioni progressive di concetti poi mantenuti nelle pronunce successive⁴². E allo stesso tempo, potrebbe essere un errore sottovalutare il peso che tali scelte lessicali hanno nel conferire alla pronuncia una caratterizzazione di maggiore “apertura” rispetto alla immediata attivazione dei controlimiti, che pure era stata richiesta dai giudici rimettenti.

Da un ulteriore punto di vista, non sorprende il fatto che, nel definire i modi e le condizioni di apertura del sistema costituzionale italiano all’interazione con l’ordinamento europeo, la Corte costituzionale costruisca le proprie argomentazioni unicamente a partire dall’art. 11 Cost., senza nemmeno mai citare l’art. 117, primo comma, Cost.⁴³. Sembra dunque cogliersi una ulteriore conferma della natura di quest’ultimo – almeno rispetto alle dinamiche della partecipazione all’Unione europea⁴⁴ – di vincolo alla legislazione (statale e regionale), lasciando esclusivamente all’art. 11 Cost. la funzione di “clausola europea”⁴⁵, benché a seguito di una evoluzione interpretativa assai significativa, almeno rispetto agli intenti originali(sti)⁴⁶.

5. Una rinvio necessario per evitare il ricorso immediato ai controlimiti.

La chiave di lettura unificante tra i due elementi di discontinuità finora richiamati sembra essere quella di sottolineare un approccio fortemente dualista nei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento interno, almeno dinanzi alla possibilità di una lesione dei principi supremi di quest’ultimo. Al di là della natura “dialogica” dello strumento costituito dal rinvio pregiudiziale, le specifiche motivazioni percorse nell’ordinanza in commento sembrano delineare una presa di posizione netta e alquanto rigida da parte della Corte costituzionale, che oppone alle dinamiche dell’integrazione europea un possibile rischio per la “identità costituzionale” italiana, secondo termini mai proposti in passato.

Invero, alla luce dei distinti (e non pochi) elementi di continuità con la giurisprudenza costituzionale precedente per quanto riguarda la riaffermazione dei profili più strettamente penalistici, quella del rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale sembra essere una soluzione pressoché obbligata, una volta optato, almeno nell’immediato, per non procedere all’attivazione dei controlimiti. Non sembra potessero esserci soluzioni ulteriori una volta che la Corte costituzionale aveva: *i*) riaffermato la natura sostanziale della prescrizione; *ii*) segnalato gli elementi di possibile lesione del principio di determinatezza in materia penale; *iii*) ricondotto entrambi gli aspetti al principio supremo

⁴² Sul punto, con particolare ricchezza di dettagli, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 27 s., il quale parla appunto di “una Babele terminologica e concettuale”.

⁴³ ... come invece aveva fatto in occasione del precedente rinvio pregiudiziale effettuato con [ordinanza n. 207 del 2013](#).

⁴⁴ Ferme restano invece, ovviamente, le acquisizioni della giurisprudenza costituzionale in relazione al rispetto degli “obblighi internazionali” e in specie della CEDU, di cui in particolare alle [sentt. nn. 348 e 349 del 2007](#).

⁴⁵ Sulle clausole europee v. M. CLAES, *Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 283 s., nonché EAD., *Constitutionalizing Europe at its Source: The “European Clauses” in the National Constitutions: Evolution and Typology*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 81 s.; J. WOUTERS, *National Constitutions and the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, 25 s. Sulla diversa portata dell’art. 117, primo comma, Cost. (come novellato nel 2001), rispetto a quella più ampia dell’art. 11 Cost., v. già C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento internazionale e con l’ordinamento comunitario*, in *Foro italiano*, V, 2001, 194 s.

⁴⁶ Il riferimento obbligato è a P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2406.

di legalità in materia penale; e iv) chiarito che una applicazione generalizzata della sentenza della Corte di giustizia avrebbe costituito un'inaccettabile lesione dello stesso principio supremo.

Impossibile sarebbe stata una soluzione in continuità con i casi precedenti di doppia pregiudizialità, ossia nel senso della inammissibilità⁴⁷, perché le questioni rimesse alla Corte invocavano l'attivazione dei controlimiti e un dispositivo siffatto avrebbe impedito alla Corte di poter affermare, con la necessaria nettezza, l'esistenza di un rischio concreto di lesione dei principi supremi (e, quindi, ancorché inespressa, la facoltà di azionare i controlimiti). Impercorribile sarebbe stata la via di una restituzione degli atti, mancando il presupposto tanto di una richiesta di nuovi accertamenti, quanto di uno *ius superveniens* tale da determinare una nuova valutazione della rilevanza della questione⁴⁸. Non praticabile sarebbe stato un rigetto delle questioni sollevate dai giudici *a quibus*, perché in tal modo lo stesso rischio richiamato in precedenza sarebbe stato negato proprio a mezzo della pronuncia.

Certo, si sarebbero potute ipotizzare numerosissime sfumature "intermedie", a partire dall'eventuale opzione in favore di una pronuncia interpretativa di rigetto, mediante cui ridefinire l'impatto nell'ordinamento interno della pronuncia della Corte di giustizia⁴⁹. Tuttavia, essendo in gioco una possibile violazione dei principi supremi (violazione che può essere conosciuta solo dalla Corte costituzionale), sarebbero divenute verosimili nuove e ulteriori questioni di costituzionalità riferite alla legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati europei, riportando così il caso all'attenzione della medesima Corte.

Di conseguenza, una volta che si fosse voluta evitare l'immediata attivazione dei controlimiti, la via del dialogo "diretto" tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sembra quella non solo più opportuna, ma anche l'unica possibile, e non soltanto auspicabile in base a motivazioni di economia procedurale. Certamente, con il rinvio pregiudiziale operato da parte della Corte costituzionale si è evitata una serie eccessiva (e per certi versi irragionevole, ma non del tutto immotivata⁵⁰) di "rimpalli", che magari avrebbero condotto a una nuova questione di legittimità costituzionale da parte dei medesimi giudici a seguito della (nuova) pronuncia della Corte di giustizia. In ogni caso, anche in questa prospettiva, un qualche passaggio (maggiormente) esplicito in motivazione avrebbe contribuito a chiarire la prospettiva abbracciata dal Giudice delle leggi, ove davvero avesse definitivamente optato per una preferenza per il dialogo diretto con Lussemburgo e non più filtrato dai giudici comuni⁵¹. Non si può escludere che una motivazione così scarna sul punto sia frutto di qualche mediazione interna alla Corte costituzionale, tale da limitare la motivazione dell'ordinanza a un minimo comun denominatore di posizioni non del tutto coincidenti.

6. *L'art. 4 (2) TUE come "europeizzazione" dei controlimiti. Qualche riflessione conclusiva sulle prospettive della nuova pronuncia pregiudiziale.*

⁴⁷ v. la già citata [ord. 284/2007](#), nonché gli ulteriori casi citati alla nota 32.

⁴⁸ ... a meno di non tentare (arditamente) di qualificare la stessa interpretazione offerta dalla Corte costituzionale sui principi supremi una sorta di *ius superveniens* tale da ipotizzare che dovessero essere i giudici *a quibus*, a quel punto, a procedere al rinvio pregiudiziale.

⁴⁹ Cfr. G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco...*, cit., spec. 9.

⁵⁰ La sequenza di "rimpalli" infatti potrebbe eventualmente giocare un ruolo fondamentale nel dare tempo e modo ad altri soggetti dell'ordinamento, ed *in primis* al Parlamento, di intervenire con strumenti e potenzialità che sono sottratte al circuito del dialogo tra corti.

⁵¹ Cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008.

Al di là di questa possibile lettura di un rinvio “obbligato”, meritano forse di essere sottolineati quegli aspetti della pronuncia in commento che potranno costituire il punto di partenza per la “risposta” da parte della Corte di giustizia e che, in qualche modo, sembrano volerne predeterminare le conclusioni.

L’elemento cardine a questo fine è certamente il ricorso in motivazione al canone dell’identità costituzionale, nonché l’aver ribadito la sua natura di limite al diritto dell’Unione, elementi che risultano comprensibili (e anzi opportuni) proprio nella prospettiva del rinvio pregiudiziale e, anzi, dell’utilizzo di questo al fine di far convergere la Corte di giustizia sulla propria posizione. La Corte costituzionale – non senza qualche piccola acrobazia lessicale e argomentativa – propone infatti un percorso interpretativo che in questa parte è integralmente basato su riferimenti al diritto europeo (e non al diritto costituzionale interno), spostando così il discorso su un piano rispetto al quale la Corte di giustizia può (e deve) offrire una risposta. E a un simile schema argomentativo, difficilmente la risposta della Corte di giustizia potrà risultare completamente negativa: l’invocazione della possibile lesione della identità costituzionale italiana – affermata da parte dell’unico giudice costituzionale di quello stesso Stato membro, che si dichiara al contempo “monopolista” dei principi supremi di quell’ordinamento⁵² – serve a ricordare la sua valenza di “limite strutturale e funzionale all’interferenza del diritto UE in quello degli Stati membri”⁵³, per giunta affermato dagli stessi Trattati che la Corte di giustizia è chiamata a interpretare.

Ne emerge quindi una lettura dell’art. 4 (2) TUE della identità costituzionale degli Stati membri come limite al principio del primato e all’applicazione stessa del diritto dell’Unione europea, accedendo dunque a una delle possibili interpretazioni della disposizione che pure era stata affermata in dottrina⁵⁴, ma che vedeva anche opinioni in segno discorde, tese a sottolineare non tanto la “eccezionalità” della disposizione citata, quanto la sua possibilità di agire come ordinario canone di interpretazione del diritto dell’UE⁵⁵. Almeno, questa è la lettura di quella clausola che ne dà un giudice costituzionale di uno Stato membro, dal proprio specifico punto di vista, e non è scontato che la Corte di giustizia si ponga necessariamente nella stessa prospettiva⁵⁶.

A ogni buon conto, dal punto di vista proprio della Corte costituzionale, l’impostazione del rinvio su queste basi sembra essere stata pensata chiaramente per “guidare” la risposta della Corte di giustizia,

⁵² Si può obiettare che anche altri soggetti interpretino l’identità costituzionale nell’ordinamento italiano, a partire dal Presidente della Repubblica che è istituzionalmente chiamato a interpretarne (al fine di “rappresentarla”) l’unità. Tuttavia, la sottoposizione dello stesso Presidente della Repubblica alla giurisdizione costituzionale (v. [Corte cost. sent. n. 1 del 2013](#)) sembra in ogni caso rimandare alla Corte costituzionale il monopolio (o, almeno, la decisione in via definitiva) in tema di principi supremi. Ulteriori – e, forse, non felicissimi – tentativi di interpretazione dei controlimiti da parte di altri soggetti dell’ordinamento (v. [Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207](#)), sembrerebbero offrire argomenti aggiuntivi a suffragio tale tesi.

⁵³ A. MANZELLA, *L’unitarietà costituzionale dell’ordinamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 660.

⁵⁴ V., per tutti, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 827 s.

⁵⁵ In questo ulteriore senso, la problematizzazione della interpretazione dell’art. 4 (2) TUE offerta da B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts. The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law 2012*, Oxford, 2012, 263 s., nonché in EAD, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, spec. 204: “[è] improbabile che l’art. 4.2 TUE possa costituire una sorta di «rinvio mobile» a quanto di costitutivo vi sia nelle diverse identità nazionali, nel fungere da parametro di riferimento nello scrutinio di legittimità degli atti europei”.

⁵⁶ Già in relazione al primato del diritto dell’UE sul diritto nazionale, v. la ricostruzione di R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, 2 ed., Cambridge, 2016, 118 s., ove si distingue tra “European” e “National” perspective dello stesso principio.

facendone risultare il contenuto al limite di una domanda retorica⁵⁷. Sembra difficile ipotizzare che la Corte di giustizia replichi interpretando l'art. 4 (2) TUE in un senso tale da violare l'identità costituzionale italiana come affermata dal garante della legalità costituzionale di quello stesso ordinamento⁵⁸. Al limite, è verosimile che tenti di definire una nuova chiave di lettura, magari ispirata al principio dell'effetto utile, reinterprestando l'art. 325 TFUE e bilanciandolo con i nuovi elementi individuati dalla Corte costituzionale. Potrebbe tentare per questa via aprire alla modulazione nel tempo degli effetti della "regola" individuata con la pronuncia precedente, facendo sì che questa venisse considerata vincolante solo *pro futuro*, al pari di una modifica legislativa con esiti peggiorativi (come tale inapplicabile ai casi pendenti). Oppure, (ancor) più suggestivamente, potrebbe chiedere all'Italia di assicurare il rispetto dell'obbligo ivi sancito magari attraverso rimedi ugualmente efficaci e dissuasivi, ma ulteriori rispetto a quelli penali, così da evitare la frizione con il limite posto dalla identificazione dell'identità costituzionale italiana come composta (anche) dal principio di legalità in materia penale. Del resto, il cortocircuito con i principi supremi nasce dal fatto che il legislatore italiano ha autonomamente scelto di criminalizzare le frodi fiscali, imboccando un percorso che né l'art. 325 TFUE né la direttiva 2006/112/CE avevano imposto (ma certo, al contempo, non vietato). Si potrebbe così prospettare un qualche parallelismo con il precedente caso *El Dridi*⁵⁹, relativo alla disciplina sanzionatoria (detentiva) per gli immigrati irregolari: in entrambe le vicende l'opzione percorsa al livello nazionale (nel precedente citato la specifica opzione detentiva, e ora la stessa scelta di criminalizzazione), invece che perseguire gli obiettivi del diritto UE, ha finito per ostacolarne l'applicazione o, comunque, l'effettività.

In conclusione, dal quadro descritto viene fuori un rinvio pregiudiziale alquanto anomalo, poiché contenente non una ordinaria questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, ma una richiesta di reinterpretazione di una sentenza della stessa Corte di giustizia⁶⁰, benché alla luce della affermazione di un principio supremo (o, forse, dell'aver ribadito e circostanziato la sua esistenza).

Leggere questa vicenda come una "puntata" del tanto spesso enfatizzato "dialogo tra le Corti" potrebbe forse risultare una lettura più superficiale che realistica, stante il paradosso di una interlocuzione tra soggetti che in qualche modo dissimulano di aver ben compreso il "messaggio" ricevuto dalla controparte⁶¹, e che proclamano, ciascuno per la propria parte, l'esistenza (se non la necessità) di un (proprio) monopolio interpretativo.

⁵⁷ In questo senso v, in particolare, al § 2, ove si definisce – retoricamente, appunto – “sommamente improbabile” l'ipotesi per cui venga meno “l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona”.

⁵⁸ V. però la lettura critica del ruolo delle corti costituzionali nel dialogo con la Corte di giustizia proposta da M. DANIELI, *Tracking Judicial Dialogue – The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court*, NYU Jean Monnet Working Paper 10/08.

⁵⁹ C-61/11, 28 aprile 2011, su cui v. D. GALLO, *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 433 s.

⁶⁰ Efficacemente sul punto P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna”*, in *Verfassungsblog.de*, 31 gennaio 2017: “the CJEU is called to reinterpret its own decision, after the ICC essentially asked «please, say it again?»”.

⁶¹ Cfr. G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in Diritticomparati.it, 20 febbraio 2017, che riconosce una certa *fairness* istituzionale nella scelta di procedere al rinvio pregiudiziale, ma al contempo esclude che nel merito possa rinvenirsi alcuna “accondiscendenza nei confronti della Corte di giustizia, e tanto meno [alcuna] arrendevolezza rispetto ai contenuti e alle conseguenze del pronunciamento di quest'ultima”. In maniera non dissimile M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in Dirittifondamentali.it.

Quand'anche fosse, sarebbe un dialogo che comunque appare lungi dall'aprire prospettive del tutto ireniche⁶²: il ricorso operato dalla Corte costituzionale alla categoria dell'identità costituzionale vale a identificare un limite (auto)imposto al diritto europeo, che rende possibile – se del caso – ulteriori coinvolgimenti della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (questa volta da parte dei giudici comuni) sulla validità di atti di diritto derivato in violazione dello stesso limite. Questa prospettiva conferirebbe alla Corte costituzionale una nuova centralità, determinata dal suo monopolio nella individuazione dei principi supremi (e quindi nella definizione della identità costituzionale italiana), rispetto ai quali alla Corte di giustizia non resterebbe che procedere di conseguenza.

In altre parole, l'azionabilità dei controlimiti pretermessi in questa pronuncia è sempre dietro l'angolo, e la posizione della Corte costituzionale in sede di rilevazione della identità costituzionale appare quanto mai "difensiva"⁶³. Starà ora alla Corte di giustizia regolare la "temperatura" del conflitto, che la Corte costituzionale non ha fatto esplodere (come avrebbe certo potuto), ma nemmeno ha avviato a uno spegnimento certo o immediato.

⁶² V., in ogni caso, l'importanza di questo tipo di dialettica, anche se fondata in termini apparentemente conflittuali, sottolineata da G. MARTINICO, *The "polemical" spirit of European constitutional law: on the importance of conflicts in EU law*, in *German Law Journal*, 2015, 1343 s.

⁶³ Cfr. il § 6: "è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia".

Antonio Ruggeri - Carmela Salazar
«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»:
riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*

SOMMARIO: 1. *La maternità surrogata, gli interessi in campo (in ispecie, quello a non fare del corpo umano una fonte di lucro e l'altro alla genitorialità, unitamente all'interesse del minore nato da maternità surrogata), il modo più adeguato a darvi appagamento, a mezzo di una disciplina legislativa connotata da duttilità di struttura ed essenzialità di disposti, cui facciano quindi seguito pronunzie dei giudici congrue in relazione ai singoli casi.* – 2. *La ratio del divieto di organizzazione delle pratiche di maternità surrogata e la “logica del dono”.* – 3. *La maternità surrogata e la rivendicazione di Antigone.*

1. *La maternità surrogata, gli interessi in campo (in ispecie, quello a non fare del corpo umano una fonte di lucro e l'altro alla genitorialità, unitamente all'interesse del minore nato da maternità surrogata), il modo più adeguato a darvi appagamento, a mezzo di una disciplina legislativa connotata da duttilità di struttura ed essenzialità di disposti, cui facciano quindi seguito pronunzie dei giudici congrue in relazione ai singoli casi*

I casi sempre più ricorrenti di “turismo procreativo” – come impropriamente ma efficacemente si è soliti etichettarli – ripropongono imperiosamente complesse questioni che interpellano le coscienze e mettono a dura prova antiche e solide certezze di bioetica e di diritto costituzionale¹. Questioni la cui risoluzione appare dunque essere teoricamente e praticamente ardua, comunque per l'uno o per l'altro verso non pienamente appagante, e che richiamano alla mente l'antico adagio *summum ius summa iniuria*, trattandosi a conti fatti di scegliere se immolare il bisogno di giustizia sull'altare del rispetto, spinto fino alle sue ultime e coerenti applicazioni, dei canoni di diritto, nel loro inflessibile rigore.

La tensione – come si vedrà meglio a momenti – è qui, *in nuce*, tra due beni della vita o interessi costituzionalmente protetti che parrebbero non tollerare alcuna loro menomazione, reclamando di essere in tutto e per tutto appagati; interessi che però, trovandosi in reciproco conflitto, obbligano alla sofferta ricerca di una soluzione per quanto possibile mediana e conciliante, idonea ad attutire fin dove possibile i danni costituzionali, pur nella consapevolezza che la soluzione stessa può lasciare (ed effettivamente lascia) l'amaro in bocca, generando il dubbio che forse avrebbe potuto decidersi diversamente e meglio.

Da un canto, sta, infatti, il desiderio di genitorialità congiunto all'interesse del minore, il quale ultimo è – come si sa – comunemente giudicato preminente rispetto ad ogni altro²; dall'altro, sta l'interesse a che non si faccia del corpo umano una fonte di lucro, col conseguente degrado della dignità della persona³, che costretta dal bisogno economico si renda disponibile a portare avanti la gravidanza per conto d'altri.

* Il lavoro è frutto di riflessione congiunta degli autori; tuttavia, la stesura del primo paragrafo si deve ad A. Ruggeri, dei restanti a C. Salazar.

¹ Qui, in linea con una inclinazione di ricerca che accomuna gli scriventi, l'indagine resterà circoscritta a questo secondo piano, senza alcun riferimento al primo.

² Per una recente messa a punto del *best interest of the child* e del suo rilievo nelle vicende di diritto familiare, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016. Sugli slittamenti semantici insiti nel concetto, v., inoltre, L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?* e S. ROMBOLI, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, rispettivamente, 467 ss. e 505 ss. Infine, A. ARENA, *A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in questa *Rivista, Studi*, II/2016, 6 giugno 2016, 241 ss.

³ Non si dimentichi che, per un'accreditata dottrina (sopra tutti, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, e, dello stesso, più di recente, *La dignità umana dentro le*

La varietà dei casi in cui gli interessi in parola sono evocati in campo e innaturalmente sollecitati a farsi guerra – come testimoniano alcune vicende che hanno diviso la pubblica opinione e impegnato studiosi ed operatori in accese discussioni – è tale da consentire subito di fissare un primo punto fermo da cui tenersi nella ricerca del modo più adeguato ad appagare gli interessi stessi. Ed è che questi ultimi possono reciprocamente intrecciarsi e combinarsi sì da assumere forme continuamente cangianti nell'esperienza. La qual cosa, poi, porta all'effetto di situare a diverse "altezze" – se così possiamo dire – il punto di sintesi più elevato ed apprezzabile dei valori costituzionali in campo, appunto *secondo i casi*; e il principio della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti⁴, considerati nel loro fare "sistema"⁵, si pone quale l'autentico "metaprinzipio"⁶ che presiede alle composizioni dei principi costituzionali, specie in occasione delle più spinose e sofferte esperienze di vita.

Non v'è (e non può esservi), insomma, una soluzione buona per ogni caso, invariante pur nel variare dei casi stessi. Ne dà testimonianza, ancora di recente, una discussa pronuncia della Corte europea⁷, su cui si tornerà, laddove il riconoscimento della non "anticonvenzionalità" del divieto di maternità surrogata stabilito dalla legislazione nazionale è stato, con ogni probabilità, fortemente condizionato dalla circostanza per cui il minore era nato da pochi mesi. Il "fatto" ha, cioè, lasciato un segno marcato sulla soluzione del caso, orientando la fissazione del punto di diritto per esso specificamente valevole, secondo quanto si considera peraltro essere proprio dei giudizi della Corte europea⁸. Se, dunque, in questa vicenda il "bilanciamento" – ammesso, ma non concesso, che possa

mura del carcere, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.), la dignità è valore refrattario a soggiacere a bilanciamento alcuno, ponendosi piuttosto come la "bilancia" su cui si dispongono i beni della vita partecipi delle operazioni di ponderazione assiologica; in un non dissimile ordine di idee, G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura - A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss., e, già, in buona sostanza, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. La contraria opinione è, tra gli altri, vigorosamente patrocinata da M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, ora, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss.

⁴ Il principio ha attirato l'attenzione di una crescente dottrina: tra gli altri, v. G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in questa *Rivista, Studi*, II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; *ibid.*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., I, 412 ss.

⁵ Insistito è in giurisprudenza il richiamo alla necessità di guardare agli interessi meritevoli di tutela (e, perciò, alle norme che danno la tutela stessa) nel loro mutuo comporsi in sistema (v., *ex plurimis*, [Corte cost. sentt. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016](#)).

⁶ Il termine è ripreso da A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in questa *Rivista, Studi*, II/2016, 30 giugno 2016, 263 ss., spec. 273 ss.

⁷ [Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia](#).

⁸ A questo dato ha più volte fatto appello la giurisprudenza costituzionale al fine di marcare la distanza tra i giudizi della Corte europea e quelli di costituzionalità: gli uni aventi ad oggetto i singoli diritti di volta in volta in gioco, diversamente degli altri obbligati comunque a riguardare – come si è rammentato – alle esigenze complessive del "sistema".

Ora, senza ovviamente negare i tratti caratterizzanti ciascuna delle specie di giudizio qui poste rapidamente a raffronto e con riserva di riprendere la questione più approfonditamente in altro luogo, va nondimeno avvertito che il quadro sembra

davvero così chiamarsi – tra gli interessi in campo ha giocato avverso l'interesse del minore⁹, sottoposto ad uno *stress* giudicato accettabile, possiamo dire a cuor leggero che così sarebbe stato anche nel caso che il bimbo si fosse trovato inserito da più tempo nel nucleo familiare?¹⁰

Con riserva di approfondimento del caso più avanti, la vicenda nondimeno insegna che l'accesa *querelle* tra i sostenitori del c.d. "Stato legislativo" e di coloro che invece patrocinano un modello di "Stato giurisdizionale" appare viziata in radice da parzialità d'impostazione metodica e di svolgimenti teorico-ricostruttivi, afflitta com'è da palese astrattismo e inidonea a cogliere le suggestioni ed indicazioni che vengono dall'esperienza, componendole quindi in uno schema teorico ad esse congruo e complessivamente appagante.

Il vero è che c'è bisogno del concorso – usa dire: in spirito di "leale cooperazione" – di tutti gli operatori. Perché, se è ormai provato che, alle volte, fa meno danni una "non-legge" rispetto ad una cattiva legge¹¹, è pur vero tuttavia che, quanto meno nei Paesi – come il nostro – di tradizioni di *civil law*¹², una giurisprudenza che non disponga delle necessarie indicazioni da parte del legislatore e non possa dunque far poggiare sui prodotti di questo i propri verdetti, specificamente laddove si faccia questione della salvaguardia dei diritti fondamentali, rischia di disperdersi in plurimi rivoli, pervenendo ad esiti reciprocamente troppo distanti (e, anzi, in aperto, irriducibile conflitto) pur in presenza di casi dai connotati oggettivamente uniformi.

Dal lato opposto, una disciplina legislativa minuta e dettagliata, caratterizzata da rigidità di disposti, che esprima cioè una drastica scelta di campo in un senso o nell'altro, assumendo di poter valere per ogni caso, si scontrerebbe fatalmente e frontalmente con la varietà dei casi stessi, secondo quanto è peraltro ampiamente dimostrato da molte vicende in ambito biogiuridico. Un'esigenza, questa di cui – al di là delle riserve che possono legittimamente nutrirsi nei confronti delle singole pronunzie giudiziali e degli orientamenti in esse espresse – dà mostra di essere avveduta la stessa giurisprudenza, con riguardo alle esperienze di procreazione medicalmente assistita così come in relazione ad altre esperienze¹³. E così si è non poche volte assistito al necessario temperamento di

essere più articolato ed internamente composito di come risulti, in termini alquanto schematici, dalla rappresentazione che usualmente se ne dà tanto ad opera della giurisprudenza in parola quanto di non pochi autori. E ciò, sol che si pensi che, per un verso, la stessa giurisprudenza europea non poche volte si fa carico altresì di diritti diversi da quelli la cui tutela è specificamente rivendicata, nel mentre le pronunzie emesse nei singoli giudizi manifestano la tendenza crescente a proiettarsi oltre il caso e le parti che ne sono protagonisti, ad "universalizzarsi" insomma; per un altro verso, poi, le letture che degli enunciati costituzionali fornisce la giurisprudenza costituzionale nei giudizi in via incidentale risentono fortemente – com'è noto – delle esigenze dell'applicazione e sono dunque, in maggiore o minore misura, legate al "fatto".

⁹ Naturalmente, *dal punto di vista del giudice*, la soluzione apprestata è pur sempre data nell'interesse del minore stesso; qui, tuttavia, si assume che il suo forzato sradicamento da un contesto familiare in cui – a quanto se ne sa – era amorevolmente accudito non sia stato per il suo bene.

¹⁰ Il nodo dovrà essere presto sciolto dalla Consulta, davanti alla quale pende una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano (reg. ord. n. 273 del 25 luglio 2016) avente ad oggetto l'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenni possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e in riferimento all'articolo 117, I c., Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU.

¹¹ Così, con riferimento proprio alla legge 40, A. RUGGERI, "*Tutela minima*" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di M. Fortino, Giappichelli, Torino 2005, 317 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

¹² ... nei limiti in cui siffatta etichetta, e quella di *common law* ad essa usualmente contrapposta, riesca a mostrarsi, con le dovute precisazioni, ancora utile a finalità sistematica. Questa verifica, tuttavia, richiederebbe svolgimenti argomentativi che si porterebbero troppo oltre l'*hortus conclusus* entro cui questa succinta riflessione è obbligata a stare.

¹³ Riferimenti, nella ormai incontenibile lett., in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di iniziovita*, Giuffrè, Milano 2012, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, Giuffrè, Milano 2010, 231 ss.; S. PENASA, in molti scritti, tra i quali *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015 e, ora, i contributi alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Messina 5-6 maggio 2016, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli.

soluzioni legislative connotate da eccessiva rigidità, specie grazie allo strumento delle additive di principio¹⁴, che si consegnano quindi allo stesso legislatore per gli ulteriori, opportuni svolgimenti e, nel frattempo, ai giudici comuni sollecitati ad estrarre – attingendo a tutte le risorse argomentative di cui dispongono¹⁵ – dai principi somministrati dalla Consulta le regole buone per i singoli casi.

Come si vede, il modello più congeniale al conseguimento di sintesi complessivamente accettabili tra i beni della vita in gioco è quello che vede la compartecipazione, pur nella distinzione dei ruoli e delle responsabilità, di tutti gli operatori istituzionali, tra i quali un posto di centrale e crescente rilievo è ormai da riconoscere alle Corti europee con le quali le Corti nazionali, costituzionali e non, sono chiamate ad un quotidiano, fitto e fecondo “dialogo”¹⁶.

Le esperienze di biodiritto offrono plurime e convergenti testimonianze del fatto che i maggiori e succosi frutti al servizio di taluni pressanti bisogni della persona vengono da discipline legislative e – come si è appena rammentato – pronunzie dei giudici costituzionali¹⁷ connotate da “mitezza” e

¹⁴ Dal suo canto, a riprova di quello che può ormai considerarsi un bisogno diffuso e intensamente avvertito, la stessa giurisprudenza europea in non poche circostanze incoraggia ed orienta, specie a mezzo delle sentenze-pilota, siffatte operazioni di manipolazione dei testi di legge volte a renderne, per quanto possibile, duttile la struttura.

¹⁵ Le accresciute responsabilità, morali e giuridiche, cui i giudici comuni vanno al presente incontro, specie in relazione alle questioni di biodiritto, sono messe in particolare evidenza da R. CONTI, in molti studi, tra i quali, in forma organica, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, quindi, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014 (su quest'ultima opera, S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto*, in Federalismi.it, 10/2014, 14 maggio 2014). V., inoltre, utilmente, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012; P. GIANNITI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'attuale contesto ordinamentale*, Sez. III, cap. VIII, parte I, in AA.VV., *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di P. Gianniti, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, I, Zanichelli, Bologna 2015, 500 ss., e, con riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Dike, Roma 2012. In relazione al tema qui specificamente trattato, v. A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, 717 ss.

Quanto poi al rilievo assunto da tecnici e scienziati nella soluzione di molte questioni di biodiritto, v., tra i molti altri, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 431 ss.; AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss.; M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 5 novembre 2015, e, della stessa, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 83 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in Rivista AIC, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; S. PENASA, oltre che nello scritto monografico sopra richiamato, in *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico in Forum di Quaderni Costituzionali* 17 dicembre 2015 e, dello stesso, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 271 ss. e *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in Biodiritto, 1/2016, 39 ss.; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016.

¹⁶ Rilievo corrente, per quanto la metafora del “dialogo” risulti caricata di plurime e non sempre convergenti valenze, secondo quanto, ad es., testimoniano di recente i contributi di AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggieri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 e, ancora di AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., nonché *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹⁷ Aggettivo cui qui nuovamente si assegna significato materiale, estendendolo altresì alle Corti europee, sempre di più appunto portate, pur nella peculiare, complessiva conformazione, a “costituzionalizzarsi” [la tendenza è segnalata da molti autori, tra i quali, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*.

duttività di disposti, discipline e pronunzie dunque essenzialmente *per principia*, come tali adattabili senza soverchie difficoltà alla varietà dei casi grazie al seguito ad esse dato da una giurisprudenza comune particolarmente attenta e sensibile ai bisogni stessi¹⁸.

Il divieto di maternità surrogata, nei termini categorici in cui è formulato dalla legge 40, appare dunque una misura draconiana che obbliga molte persone desiderose di vedere appagato il loro bisogno di genitorialità a correre rischi anche personali gravi pur di aggirarlo. Ciò che più importa è che, per effetto dello stesso, possono poi determinarsi situazioni difficilmente reversibili, caratterizzate da relazioni affettive la cui traumatica rottura può in non pochi casi esser motivo di indicibili sofferenze.

L'irragionevolezza del divieto, dunque, sembra essere provata, quanto meno per l'aspetto degli effetti che possono aversene in talune congiunture.

Si tratta allora di delineare un percorso diverso, se non pure radicalmente alternativo, che consenta di attutire i danni costituzionali, a carico cioè degli interessi protetti dalla Carta nel loro fare "sistema".

2. La ratio del divieto di organizzazione delle pratiche di maternità surrogata e la "logica del dono"

Come si diceva, non vi è dubbio che il divieto di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione di pratiche di maternità surrogata sancito dall'art. 12, VI c. della legge n. 40 miri a scongiurare l'eventualità che la gravidanza sia trasformata in un'occasione di lucro da chi, sfruttando la situazione di difficoltà e di disagio in cui si trovino donne disposte alla gestazione per altri in cambio di un compenso, procuri a coppie che possano permettersi di pagare cifre consistenti la rapida soddisfazione del loro desiderio di genitorialità. Da più parti si sottolinea come tale divieto trovi una copertura nei principi sanciti dagli artt. 1 e 3 della Carta di Nizza-Strasburgo e dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo, relativi all'inviolabilità della dignità umana e all'inammissibilità di ogni forma di mercificazione del corpo umano o di sue singole parti, ma non va dimenticato che esso trova un fondamento ancora più immediato nell'art. 31 della nostra Costituzione. L'affidamento alla Repubblica della *protezione* della maternità, dell'infanzia e della gioventù si giustifica in quanto tali delicate fasi della vita sono connotate da una intrinseca condizione di vulnerabilità, dovuta al *deficit* di autosufficienza che – in modo diverso – caratterizza ciascuna di esse. Tale fragilità si accentua, come è ovvio, quanto più le donne in gravidanza, i minori e i giovani appartengano a fasce socialmente ed economicamente "deboli" e siano perciò esposti a forme di incisione sulla loro dignità e sui loro diritti fondamentali da chi intenda approfittarsi della loro inesperienza o della situazione di bisogno in cui versino.

In questa luce, deve concludersi che il divieto abbraccia *qualsiasi* forma di "messa sul mercato" della maternità, quale che sia il *nomen* con cui tali pratiche vengano definite (maternità surrogata,

Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, nella stessa *Rivista*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.].

¹⁸ L'adozione di discipline legislative "miti" o "leggere" in relazione a questioni di biodiritto è patrocinata da una copiosa, sensibile dottrina: tra gli altri, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., spec. 38 ss., *ma passim*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, consultabile in <http://docenti.unicam.it/tmp/5413.pdf>; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biodiritto*, 3/2015, 168 e A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5. Infine, se si vuole, anche A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

maternità sostitutiva, gestazione per altri, etc.)¹⁹. La mercificazione della maternità e la “contrattualizzazione” della consegna dei neonati ai “committenti” dietro pagamento di una somma di denaro determinano un’incisione intollerabile sulla dignità della gestante, trasformando in *mezzo* il grembo femminile, e sulla dignità dei bambini, ridotti a *beni commerciabili*, così che tali pratiche non possono in alcun caso considerarsi lecite nel nostro ordinamento, nemmeno quando le madri surrogate dichiarino di accettare liberamente di sottoporsi all’inseminazione. Ma se è questa la *ratio* del divieto, esso non dovrebbe trovare applicazione quando la maternità surrogata possa configurarsi come fattispecie ispirata alla *logica del dono*²⁰. Ci si riferisce ad una dimensione analoga – anche se non in tutto coincidente, come subito si vedrà – a quella sottesa alla donazione degli organi tra viventi, che *ordinariamente*, nel nostro ordinamento, può avvenire solo tra parenti, proprio perché possa presumersene la gratuità²¹.

La disciplina su cui si intende qui ragionare dovrebbe perciò consentire che una donna, parente di un’altra donna sterile – che potrebbe definirsi la “madre d’intenzione” –, si dichiari liberamente e gratuitamente disponibile ad accogliere nel proprio grembo il seme del marito o del convivente di quest’ultima, individuabile come il “padre d’intenzione”²². Il legislatore potrebbe, a tal fine, modificare la legge n. 40/2004 – la surrogazione di maternità, infatti, non è che una variante della

¹⁹ Nella maggior parte degli Stati dell’Unione europea la stipulazione di accordi di tipo commerciale aventi ad oggetto la gestazione per altri è considerata illegale, ma vi sono ordinamenti, come ad esempio quelli del Belgio, della Grecia, della Danimarca e del Regno Unito, che ammettono il ricorso alla maternità surrogata a titolo gratuito, pur sempre nel quadro di limiti e controlli di vario genere. Per questo, i casi di “turismo procreativo” si indirizzano sovente verso gli Stati extra Ue in cui la disciplina prevede minori restrizioni. In proposito, anche per indicazioni di diritto comparato, v. *ex multis* B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biodiritto*, 2/2014, 157 ss.; allo stesso indirizzo, v. anche M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, 1/2016, 173 ss.; ancora B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, 2/2016, 39 ss.; C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *GenIUS*, III/2016, consultabile in [articolo29](#); *ibid.*, v. anche I. ANRÒ, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?*; D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, 1/2017, 19 ss. Cfr. anche il *dossier* messo a punto dalla Direzione generale delle politiche interne del Parlamento Ue, intitolato *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell’Ue*, nella banca dati all’indirizzo reperibile all’indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/committees/it/supporting-analyses-search.html>.

²⁰ In tal senso, v. A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, cit., § 3; V. SCALISI, *Maternità surrogata. Un divieto ancora attuale?*, Relazione alle giornate di studi su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit. (Messina, 5-6 Maggio 2016), in *paper*, spec. 4 ss. In giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/2004, v. Tribunale di Roma, ord. 17.7.2000 (consultabile al portale telematico www.bioeticas.org), che ha riconosciuto la liceità di un contratto atipico di maternità surrogata determinante l’impegno della madre portante all’impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, in mancanza di un corrispettivo ed in considerazione dell’intento di realizzare l’interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio. Di recente, si esprime favorevolmente verso l’ammissibilità di ipotesi di maternità surrogata «in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica dello scambio mercantile», bensì alla «pratica “relazionale” della gestazione per altri» l’ordinanza, dietro cit., della Corte di appello di Milano che propone la questione di costituzionalità relativa all’art. 263 c.c. In senso analogo, ancorché in un *obiter*, v. anche Corte cass., I sez. civ., n. 24001/2014, in *Biodiritto*, 2015.

²¹ In sintesi, può qui ricordarsi la legge n. 458/1967 sul trapianto di rene da donatore vivente, alle cui norme rinviano anche la legge n. 483/1999 sul trapianto parziale di fegato e la legge n. 167/2012 sul trapianto parziale di pancreas, polmone e intestino. Essa ammette che il dono dell’organo possa avvenire, in deroga all’art. 5 c.c., da parte di genitori, figli, fratelli germani o non germani del paziente, purché l’atto sia compiuto a titolo gratuito e secondo le modalità previste dalla stessa legge. Solo nel caso in cui il paziente non abbia i consanguinei indicati o nessuno di essi sia idoneo o disponibile, la deroga può essere consentita – sempre a titolo gratuito – oltre che per altri parenti, anche per donatori estranei: in tali casi, l’inclusione di questi ultimi nel novero dei possibili donatori si giustifica, in guisa di *extrema ratio*, alla luce del pericolo di morte in cui versa il ricevente.

²² In tal senso si esprimeva, nel 1985, il parere formulato da una Commissione di studio nominata dai Ministri della giustizia e della ricerca scientifica della Germania federale, presieduta dal Presidente della Corte costituzionale Ernst Benda, dal titolo «Fecundazione in vitro, analisi genomica e terapia genetica»: cfr. in proposito A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Biodiritto*, 2/2016, 148 ss.

fecondazione eterologa²³ – per introdurre un’eccezione esplicita al divieto da questa previsto, onde consentire che le coppie di coniugi o di conviventi ammesse alle procreazione artificiale possano indicare la donna, legata da vincoli di parentela alla “madre d’intenzione”, disposta in modo del tutto gratuito a sottoporsi all’inseminazione presso le strutture abilitate ai sensi della stessa legge, a portare avanti la gravidanza sino al parto, ed, infine, a dichiarare di non voler essere nominata ai sensi dell’art. 30, I c., d.P.R. n. 396/2000. Dovrebbe infatti essere prevista anche un’eccezione all’art. 9, II c., della legge n. 40, che vieta l’anonimato per le donne che partoriscono dopo avere avuto accesso alle pratiche di procreazione assistita: si tratta di un divieto all’evidenza connesso a quello relativo alle pratiche di maternità surrogata, ed appunto per questo dovrebbe essere derogabile nel caso di cui si discute. Se così non fosse, la madre surrogata sarebbe considerata *ipso iure* come madre legale del bambino, poiché nel nostro ordinamento tale è colei che ha partorito (art. 269, c.c.)²⁴. Parimenti, sarebbe necessario prevedere un’eccezione al divieto, previsto dal c. I dello stesso art. 9, di esercizio dell’azione di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità da parte del coniuge o del convivente della madre surrogata il quale sia stato consenziente all’inseminazione.

Qui affiora l’analogia con la donazione degli organi tra viventi, anche se – lo si è accennato – non si tratta di fattispecie in tutto sovrapponibili. La sterilità – come ha evidenziato la Corte costituzionale nella [sent. n. 162/2014](#) sull’incostituzionalità del divieto di inseminazione eterologa – può incidere in misura rilevante sulla salute delle coppie, impedendo a quelle che desiderino una famiglia che abbia anche dei figli l’esercizio della libertà di autodeterminarsi nella sfera familiare fondata sugli artt. 2, 3 e 31 Cost., ma certamente non espone all’imminente rischio di morte che la donazione di organi mira a contrastare. L’accostamento può invece farsi per quanto riguarda la dimensione altruistica: se, infatti, è evidente che chi fa dono di un proprio organo a un familiare si espone ai rischi e ai disagi connessi all’operazione chirurgica di espianto e all’inevitabile impoverimento permanente della propria efficienza fisica, è vero che anche nell’ipotesi di maternità surrogata a titolo gratuito qui delineata affiora una componente rilevante di generosità. Si consideri, infatti, che l’inseminazione richiede un procedimento invasivo, che la gravidanza può esporre la gestante a disagi psico-fisici e che il parto comporta rischi anche gravi per la salute e persino per la vita della puerpera. Ma, soprattutto, si tenga conto che, per la donna che mette al mondo il bambino – di cui è e resterà per sempre la madre biologica, avendogli donato la vita – può non essere facile rinunciare a rivestire il ruolo di madre “sociale”, dichiarando di non voler essere nominata. Poiché la gravidanza «è un processo che coinvolge completamente il corpo della madre [...] in un’unione inscindibile di quelli che saranno due esseri solo dopo un tempo relativamente esteso di necessaria e totale condivisione»²⁵, tale decisione può risultare non meno ardua – e, perciò, non meno generosa – di quella di privarsi di un organo a vantaggio di un familiare. In entrambi i casi, chi dona sa che il suo gesto, pur procurandogli disagi anche gravi, potrà alleviare una situazione di sofferenza psico-fisica di una persona cara, afflitta da una patologia non altrimenti contrastabile: la *solidarietà*, in questi casi, si sublima in una forma di *fraternità*.

Naturalmente, quanto sin qui detto presuppone che dal “distacco” del neonato dalla madre biologica non derivino sofferenze tali da incidere sul diritto di quest’ultimo ad uno sviluppo sano ed equilibrato. Chi scrive non si riconosce competenze per esprimersi in merito, ma può qui ricordarsi

²³ Così, V. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 2 del paper.

²⁴ Della rigida applicazione di tale principio nel nostro ordinamento si è avuta conferma nel caso doloroso degli “embrioni scambiati”, su cui v. per tutti A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, ora in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, *Studi dell’anno 2014*, Giappichelli, Torino 2015, 91 ss. *Ibidem*, 92, l’A. ricorda come anche la Corte di Giustizia sembri condividere tale visione, in quanto – adita in via pregiudiziale dall’Employment Tribunal di Newcastle upon Tyne del Regno Unito – non ha considerato “madre” una lavoratrice che, in qualità di committente, aveva avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, negando che essa vantasse alcun titolo al congedo per maternità (Grande Camera, 18 marzo 2014, in causa C-267/12, C.D. c. S.T.)

²⁵ Così, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in [Biodiritto](#), 2/2016, 101.

che a tal proposito la Corte d'appello di Milano, nella citata ordinanza di rimessione attualmente pendente dinanzi alla Corte costituzionale, evidenzia che gli esiti delle ricerche cliniche effettuate negli Stati dove la gestazione per altri è regolamentata, mostrano come i neonati “separati” dalla madre biologica per essere accolti amorevolmente dai “genitori di intenzione” non manifestano segni di particolari problemi emotivi, cognitivi o relazionali nella fase della crescita²⁶. Il rispetto del superiore interesse del bambino esige, tuttavia, che qualora il Parlamento si muova nella direzione qui auspicata, questo aspetto sia verificato con minuziosa attenzione, attraverso l'utilizzo a largo raggio degli strumenti conoscitivi a disposizione delle Camere²⁷.

Resterebbero in ogni caso escluse le forme di surrogazione che consentono la moltiplicazione dei donatori del materiale genetico, ammettendo che l'ovocita e/o il seme possano essere offerti in modo anonimo da una donna e/o da un uomo esterni alla coppia di genitori “intenzionali”: soluzioni del genere, oltre a determinare situazioni di incertezza sull'identità genetica del bambino, fuoriescono all'evidenza dalla “logica del dono” tra persone identificate e legate da un vincolo di parentela²⁸. Peraltro, è vero che – come si è detto – l'esistenza di tale legame consentirebbe di presumere la gratuità della surrogazione, ma si tratterebbe di una presunzione che ammette la prova del contrario. Pertanto, oltre alla nullità di ogni forma di pattuizione che configuri un compenso per la madre surrogata, dovrebbero prevedersi anche sanzioni adeguate per il caso in cui, dietro l'apparenza della gratuità, la gestazione e la consegna del bambino in realtà si siano svolte a titolo oneroso. In tali ipotesi spetterebbe al giudice decidere in merito alla permanenza o meno del bambino presso la “famiglia d'intenzione”, pur sempre alla luce del superiore interesse del minore ed al di fuori di rigidi automatismi, in modo che – ad esempio – sia possibile, di volta in volta, tenere conto del trauma che il bambino potrebbe subire in caso di allontanamento dai “genitori intenzionali”, specie qualora sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo dal momento in cui essi lo hanno accolto.

3. La maternità surrogata e la rivendicazione di Antigone

Una volta che la madre surrogata abbia partorito e dichiarato di non voler essere nominata, il “padre d'intenzione” potrà riconoscere il neonato e chiederne l'inserimento nella propria famiglia, ai sensi dell'art. 252 c.c. Peraltro, per la consorte o per la convivente sarà possibile anche l'adozione in casi particolari, ex art. 44, I c., lett. b) e d), l. n. 184/1983²⁹. Quanto allo sviluppo nel tempo dei rapporti tra i “genitori d'intenzione” e la madre biologica, ogni decisione sarebbe rimessa alla loro determinazione, così come dipenderebbe dalle loro scelte il grado di coinvolgimento di quest'ultima nella vita del bambino. In ogni caso, il figlio nato da maternità surrogata sarebbe senza dubbio titolare del diritto a conoscere le proprie origini, anche ai sensi della nota [sent. n. 278/2013](#) della Corte costituzionale³⁰.

Implicando la coincidenza necessaria tra padre genetico e padre “intenzionale”, la disciplina qui delineata predisporrebbe anche un rimedio alla eventualità che questo intenda sottrarsi alle proprie

²⁶ Cfr. i risultati esposti nel *dossier Modern families parents and children*, curato dal Centre for Family Research dell'Università di Cambridge, consultabile all'indirizzo telematico www.cambridge.com.

²⁷ In proposito, v. le perplessità avanzate da C. CHINI, *Maternità surrogata*, cit., 184 ss.

²⁸ Sul punto, v. per tutti R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Biodiritto*, 2/2016, 3 ss.

²⁹ In argomento, v. S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Biodiritto*, 2/2016, 8.

³⁰ Sul tema, v. almeno E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Rivista AIC, Osservatorio 2013*; M. CASINI - C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'“adozione per la nascita”*, in *Biodiritto*, 2/2014, 135 ss.; ivi, 2/2016, 211 ss., v. anche D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*. Per i profili internazionalistici, v. L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenIUS*, III/2016, 43 ss., consultabile in [articolo29](#). Tra i contributi più recenti, v. M. GENSABELLA, *Il diritto del nato da eterologa alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione alle *Giornate di studio su La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., in *paper*.

responsabilità – ad esempio, nel caso in cui il bambino nasca con malformazioni o con problemi gravi di salute – in quanto individuerebbe con certezza ed *ex ante* la persona verso cui sarà possibile indirizzare l'azione di dichiarazione di paternità ai sensi degli artt. 269 ss. c.c.³¹. Pertanto, la proposta ora avanzata impedirebbe che si verifici quanto può invece accadere – ed è accaduto: basti pensare al cit. caso *Paradiso e Campanelli* – nelle ipotesi di maternità surrogata stipulata all'estero, qualora, in seguito alla scoperta dell'insussistenza del legame genetico tra il “padre d'intenzione” ed il bambino, questo si ritrovi privo di genitori genetico-biologici e venga dichiarato adottabile. Un'eventualità che, oltre ad essere traumatica per il bimbo, può dare origine a situazioni paradossali. Bisogna infatti considerare che in caso di affidamento ad un'altra famiglia, con questa si consolideranno legami affettivi che, in nome del superiore (e, talvolta, “tirannico”) interesse del minore, i giudici potrebbero ritenere non più rescindibili, *in nessun caso*. Emblematica – anche se non relativa a una maternità surrogata – la vicenda in cui la figlia di pochi anni di due genitori divenuti tali in tarda età, è stata ad essi sottratta e dichiarata adottabile in conseguenza di una denuncia per abbandono di minore, poi risultata del tutto infondata: ma poiché per giungere a tale accertamento la macchina della giustizia ha impiegato ben sette anni, la magistratura ha ritenuto che comunque la bambina non potesse più essere distolta dal nuovo contesto familiare cui era stata affidata per essere restituita alla famiglia d'origine, in ragione del grave trauma che in tal caso avrebbe subito³².

L'introduzione della normativa qui auspicata, inducendo gli aspiranti genitori a non intraprendere la via del “turismo procreativo” ed offrendo le garanzie di certezza ora viste, contribuirebbe a contenere il numero di tali «situazioni per così dire claudicanti, ovvero giuridicamente esistenti in uno Stato e improduttive di effetti in un altro»³³.

Occorre tuttavia tenere presente che, in coerenza con la “logica del dono”, la madre surrogata conserverebbe la possibilità di revocare il suo consenso in ogni momento, senza esporsi, sul piano giuridico, ad alcuna conseguenza negativa. Nessun vincolo giuridicamente coercibile discenderebbe dalla sua dichiarazione di disponibilità o dagli accordi raggiunti con i genitori “d'intenzione”, così che essa potrebbe, ad esempio, rifiutare di sottoporsi materialmente all'inseminazione, come pure, dopo l'inseminazione, potrebbe decidere di interrompere la gravidanza, senza che da tali comportamenti possa sorgere alcuna responsabilità giuridica verso i genitori “intenzionali”. E, soprattutto, dopo il parto potrebbe scegliere di essere nominata nell'atto di nascita: come Antigone, essa potrebbe infatti rivendicare che non è lecito ad alcuno separarla da ciò che è indiscutibilmente “suo”, in quanto madre legale del bambino che ha partorito, ai sensi dell'art. 269 c.c.

Un tale comportamento, che priverebbe la “madre intenzionale” della possibilità di instaurare alcuna relazione giuridicamente rilevante con il bambino, potrebbe determinare un conflitto tra la madre surrogata ed il “padre d'intenzione”, qualora anche questo rivendichi i suoi diritti di padre genetico ed entrambi pretendano di tenere il figlio presso di sé. Sarà inevitabile, allora, ricorrere al giudice, affinché stabilisca a chi affidare il bambino e quali siano le condizioni che il genitore affidatario deve osservare e quelle cui l'altro deve attenersi.

Certamente, il quadro ora tracciato non è confortante. Tuttavia, posto che neppure in tale caso si determinerebbe una situazione di incertezza sull'identità del bambino, e dunque non si riscontrerebbero gli estremi per l'apertura delle procedure di adottabilità, occorre chiedersi – in nome, prima di tutto, del superiore interesse del minore – se sia preferibile lasciare le cose come stanno ovvero se non sia il caso di introdurre una disciplina come quella qui proposta, pur con le sue imperfezioni. Come già accennato, occorre considerare che in questo momento storico, a fronte di un rilevante calo delle domande di adozione³⁴, si registra una significativa espansione del “turismo procreativo”, comprovata dal progressivo innalzarsi del numero dei casi giudiziari, sconosciuti sino a qualche anno fa, nascenti dalle false dichiarazioni rilasciate da “genitori d'intenzione” al fine di far

³¹ In tal senso, v. A. VALONGO, *La gestazione*, cit., 150.

³² Cfr. *La Corte d'Appello toglie la figlia ai genitori-nonni: "La bimba è adottabile"*, in www.adnkronos.it, 17.3.2017.

³³ Così, C. RAGNI, *Gestazione per altri*, cit., 6.

³⁴ L. MOLA, *Nel 2015 meno 16%. Adozioni in caduta libera. E crollano le domande*, in Avvenire.it, 17.3.2017.

risultare come figlio legittimo il bambino che sia nato da una maternità surrogata condotta a termine in un altro Stato³⁵.

Questo *trend* non può essere ignorato: a tacer d'altro, alle procedure di maternità surrogata all'estero possono accedere, *senza alcun controllo*, anche le coppie italiane che siano già state considerate inidonee alla genitorialità adottiva, o che comunque siano palesemente tali: si pensi, ad esempio, a “padri di intenzione” nella cui fedina penale si ritrovino precedenti per reati di violenza domestica o di pedofilia. Con l'ulteriore aggravante che tale “percorso alternativo” all'adozione si apre soltanto per quanti possano permetterselo economicamente, determinandosi perciò una disparità di trattamento basata esclusivamente sul reddito, non molto diversa da quella che si era delineata come conseguenza del divieto dell'inseminazione eterologa³⁶. Il rigido divieto relativo alla maternità surrogata, così come oggi è formulato, non può impedire (anzi, contribuisce a far sì) che le coppie italiane si rechino all'estero per soddisfare il loro desiderio di genitorialità, arricchendo chi fa mercato della maternità, esponendo talvolta i bambini, una volta rientrati in Italia, alla dichiarazione di adottabilità, ed incidendo *sempre* sul diritto di ognuno di essi a conoscere la propria identità biologica: non esiste infatti alcuna garanzia che, in futuro, sia possibile accedere ai dati relativi alle madri surrogate, le quali peraltro – vivendo in un altro Paese – sono ordinariamente tagliate fuori dalla vita dei bambini che hanno messo al mondo. Tanto che in questi casi non appare del tutto errata l'orribile locuzione, sovente utilizzata dai *media*, che riduce il loro apporto a quello di un mero “utero in affitto”.

In questa luce, benché proprio con riguardo agli ambiti della bioetica – e specialmente in materia di procreazione assistita – sia possibile constatare come la giustizia si sia ormai trasformata in «una sorta di muro del pianto al cui cospetto reclamiamo la garanzia di aspettative che avevamo risposto nello Stato sociale di diritto»³⁷, sembra a chi scrive che non possa prescindere dall'intervento legislativo³⁸. Il divieto relativo alla maternità surrogata non può essere integralmente rimosso attraverso una dichiarazione di incostituzionalità “secca”, come è accaduto per quello rivolto all'inseminazione eterologa, poiché l'obiettivo da raggiungere non è la sua pura e semplice eliminazione, bensì l'introduzione di ipotesi di gestazione per altri inscrivibili nella “logica del dono”. Ma non è pensabile che a tale esito possa giungersi esclusivamente in via giurisprudenziale, risultando a tal fine imprescindibili le modifiche “mirate” alla legge n. 40 prima viste, le quali non possono che derivare da una scelta *politica*.

³⁵ In linea di massima, la magistratura di merito esclude la sussistenza dei reati di false dichiarazioni a un pubblico ufficiale e di alterazione di stato ogni qualvolta l'atto sia già stato formato dall'autorità amministrativa estera alla stregua della normativa vigente nel Paese straniero: cfr., *ex multis*, M. TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assoluta del Tribunale di Milano*; ID., *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*; M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all'estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*, tutti in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014. Anche la Corte di cassazione ha confermato tale atteggiamento “benevolo”: cfr., ad esempio, Corte cass., V sez. pen., sent. n. 13525/2015, in *Biodiritto*, 2016.

³⁶ Per quest'ultimo rilievo, v. la più volte ricordata ordinanza con cui la Corte di appello di Milano solleva la questione di costituzionalità dell'art. 263 c.c.

³⁷ La citazione è tratta da A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario* (2001), tr. it. a cura di D. Bifulco, Raffaello Cortina Editore, Roma 2007, 276.

³⁸ Con specifico riferimento alla procreazione assistita, di recente ha ribadito la necessità che si rinsaldi la distinzione di ruoli tra «il legislatore, chiamato a predisporre soluzioni normative coerenti ai valori ed alle regole di rango costituzionale, (e perciò) essenziali e flessibili, ed i giudici, chiamati ad attuare ed implementare tali fattispecie normative, generali ed astratte, in ragioni delle peculiari caratteristiche dei casi concreti» L. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e diritto: brevi notazioni introduttive*, Intervento alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., in *paper*, 4. Anche G. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 12, auspica «il ripristino e la convalida della sequenza tra valori, principi, leggi, loro applicazione nel concreto, senza che le difficoltà e le incertezze dell'interpretazione mettano in crisi tutta la sequenza fin dalla sua origine». Nello stesso senso, v. anche B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione “sorrette” da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, *ibidem*.

Spetterebbe inoltre al Parlamento decidere se ed in quali termini riferire la disciplina su cui si è ragionato anche alle coppie *same sex*, che – com'è noto – sono escluse dal raggio d'azione della legge n. 40. Qui si tocca un tema delicato e complesso, che non è possibile approfondire in questa sede³⁹. Appare però opportuno rilevare come una innovazione del genere sarebbe meno distante dalla realtà del nostro ordinamento di quanto a prima vista possa apparire: almeno, tale è l'impressione per chi non si limiti a considerare esclusivamente la recente disciplina sulle unioni civili, bensì tenga anche conto dei noti orientamenti giurisprudenziali che per un verso consentono la c.d. *stepchild adoption*, applicando anche alle coppie omosessuali l'art. 44, I c., lett. d) della legge n. 183/1984, e per l'altro riconoscono efficacia giuridica ai provvedimenti stranieri di adozione in favore di coppie omosessuali⁴⁰.

³⁹ Nella letteratura amplissima, v. AA.VV., *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, a cura di A. Sperti, Plus, Pisa 2013; S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari 2015; M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2016, 129 ss.; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2/2017, 190 ss.

⁴⁰ Sull'applicabilità dell'art. 44, c. 1, lett. d) della legge n. 184/1983 alla fattispecie dell'adozione del figlio del partner nelle coppie omosessuali, v. spec. Corte cass., sez. I civ., sent. n. 12962/2016, *ivi*, 2016, con nota di M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*. Tra le decisioni più recenti relative ai provvedimenti stranieri di adozione, v. Corte cass., I sez. civ., sent. n. 19599/2016, che ha sancito la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita formato all'estero dal quale risulti che il minore è figlio di due madri, consultabile in [articolo29](#), 2016, con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso* (ma v. le perplessità espresse da G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in [giudicedonna.it](#), 4/2016). Più di recente, v. Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017, consultabile in [articolo29](#), 2017, con nota di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, nonché i due decreti dell'8 marzo 2017 del Tribunale per i minorenni di Firenze, entrambi in consultabile in [articolo29](#), 2017, con nota di A. SCHILLACI, *“Una vera e propria famiglia”: da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*. Su di essi, v. anche M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in [Diritti Comparati](#), 2017.

In tema, v. anche [Corte cost., sent. n. 225/2016](#), secondo cui sebbene l'art. 337-ter, c.c. preveda che il minore ha il diritto di conservare rapporti significativi con i *parenti* di ciascun ramo genitoriale, l'interruzione ingiustificata da parte di un genitore del rapporto instaurato dal proprio figlio con soggetti che non siano consanguinei – come ad esempio, l'ex compagna, in caso di conclusione di una relazione tra due donne – può essere ricondotto alla ipotesi di condotta pregiudizievole per il minore, in relazione alla quale l'art. 333 c.c. prevede che il giudice possa adottare idonei provvedimenti.

“Sentenza *Italicum*”: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere (Lara Trucco)

SOMMARIO: 1. Lo sfondo politico-istituzionale. – 2. La “rilevanza proceduralizzata” nei giudizi elettorali per la via incidentale. – 3. L’interesse ad agire “in mero accertamento elettorale”. – 4. Il nesso di pregiudizialità delle questioni sul voto. – 5. I capilista non del tutto blindati. – 6. La candidatura multipla in versione attenuata...ma non troppo. – 7. L’opzione personalistica dei candidati blindati. – 8. *Segue*:...ed il sorteggio tra casualità ed anonimia. – 9. Il “cortocircuito” ballottaggio-premio di maggioranza. – 10. Il *quorum* tra votanti e voti validi. – 11. *Segue*:...nel quadro di una forma di governo perdurantemente parlamentare. – 12. Il premio di maggioranza “a turno unico ed a soglia certa”. – 13. L’opzione bicamerale tra sfasature e possibili riallineamenti. – 14. *Segue*: ...e gli “slittamenti”. – 15. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Lo sfondo politico-istituzionale*

La [sentenza n. 35 del 9 febbraio 2017](#), che qui si commenta, con cui è stata dichiarata l’incostituzionalità di alcuni profili del sistema di elezione della Camera dei deputati introdotto dalla legge del 6 maggio 2015, n. 52 (meglio nota coll’appellativo di “*Italicum*”), insieme alla storica [decisione n. 1 del 13 gennaio 2014](#)¹ di illegittimità costituzionale, invece, di parte del sistema elettorale per le elezioni politiche previsto dalla legge del 21 dicembre 2005, n. 270 (cd. “Legge Calderoli”), costituisce una tappa ulteriore del percorso, probabilmente irreversibile, che ha portato la nostra Corte costituzionale a farsi giudice dei sistemi di elezione dei due rami del Parlamento².

La continuità tra le due pronunce³, di cui è data, tra l’altro, prova dai frequenti rimandi al proprio illustre precedente (solo nel “*Considerato in diritto*” se ne contano ben ventitré!) ci porterà nel prosieguo a condurre un’analisi tendenzialmente unitaria di tale giurisprudenza. Laddove, sempre sul piano metodologico, è lo stesso giudice costituzionale ad indurre e a contestualizzare la [sent. n. 35 del 2017](#) (nel prosieguo: “*Sentenza Italicum*”) nel quadro delle vicende più recenti che hanno animato la vita politico-istituzionale italiana.

In quest’ottica, val la pena, dunque, preliminarmente, di rammentare come la [sent. n. 1 del 2014](#) sia intervenuta quando ormai, dopo una serie di occasioni di riforma “andate perdute”⁴, si era preso definitivamente atto dell’inutilità di qualsivoglia «raccomandazione – tanto spesso richiamata nelle più diverse sedi politiche – a modificare la vigente legge elettorale» del Parlamento⁵...al punto da portare addirittura la più alta carica dello Stato a reputare “imperdonabile” «la mancata riforma della legge elettorale del 2005⁶».

¹ Per una rassegna della dottrina a commento della [sent. n. 1 del 2014](#), si rinvia ai contributi [ivi](#) segnalati, nonché allo studio di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli, 2014.

² Si rinvia, *amplius*, in argomento, a E. CATELANI, E. DONATI, M. C. GRISOLIA (curr.), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013.

³ Cfr., sul punto, ad es., F. LANCHESTER, *Il corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle corti*, in [Nomos.it](#), 1/2017, 11.

⁴ Per una rassegna delle quali, volendosi, v. L. TRUCCO, *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute*, in *La giustizia elettorale*, cit., 357 e ss. (e all’indirizzo telematico <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Trucco-FirenzeDEF.pdf>).

⁵ Così l’allora Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo, nella [Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2012](#), nella riunione straordinaria del 12 aprile 2013, p. 10, riferendosi, più nello specifico, al fatto che “già con le sentenze [n. 15](#) e [n. 16](#) del 2008 e, più di recente, con la [sent. n. 13 del 2012](#), la Corte avesse invano sollecitato il legislatore a riconsiderare gli aspetti problematici della legge n. 270 del 2005 ‘ con particolare riguardo all’attribuzione di un premio di maggioranza [...] senza che fosse raggiunta una soglia minima di voti e/o di seggi”.

⁶ Così l’allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in occasione del [giuramento di reinsediamento al Quirinale](#), il 22 aprile 2013, considerando come “ancora pochi giorni prima, il Presidente Gallo avesse dovuto ricordare come fosse rimasta ignorata la raccomandazione della Corte Costituzionale a rivedere in particolare la norma relativa

Nel quadro della tormentata ma resistente XVII Legislatura, la [pronuncia](#) sarebbe coincisa con l'avvio di una rinnovata stagione politica. Il 14 febbraio successivo, infatti, la direzione del Partito democratico (già) all'epoca partito di maggioranza, avrebbe votato un documento con cui di fatto si sfiduciava l'allora Presidente del Consiglio Enrico Letta (le dimissioni sarebbero state formalizzate il giorno successivo), aprendo così la strada di Palazzo Chigi a Matteo Renzi, divenuto nel frattempo Segretario Nazionale dello stesso partito (il cui governo sarebbe durato sino al 12 dicembre 2016). Com'era stato quindi sollecitato dal Presidente Napolitano ed auspicato pure dal nuovo Presidente Mattarella non appena insediatosi al Quirinale, il Governo Renzi riuscì, sia pur secondo modalità controverse⁷, a condurre a buon fine la «priorità» costituita proprio «dall'approvazione di una nuova legge elettorale»... concernente, però, la sola Camera dei deputati, dal momento che durante i lavori parlamentari il sistema di elezione del Senato era stato stralciato dalla bozza di riforma elettorale⁸, preso atto dell'avvio, nell'altro ramo del Parlamento, della proposta di riforma costituzionale cd. "Renzi Boschi", la quale interveniva, tra l'altro, proprio sul sistema di reclutamento dei senatori introducendo un'elezione indiretta nell'ambito di un sistema bicamerale differenziato, da meglio definire nel caso in cui la stessa revisione fosse andata in porto⁹.

Questa sorta di "legame genetico" che ha da subito unito le due riforme, delle medesime avrebbe finito, tuttavia, anche per accomunare le sorti¹⁰. Un momento chiave della vicenda sarebbe stata la scelta del Presidente della Consulta [di rinviare a nuovo ruolo](#) la trattazione delle questioni concernenti l'*Italicum* sollevate dai tribunali di [Messina](#) e di [Torino](#), rinviandosi col che la decisione a dopo la consultazione referendaria¹¹. La Corte si sarebbe infatti trovata così a svolgere il proprio sindacato sull'*Italicum* in un contesto politico "fluidico", in quanto ulteriormente alla ricerca di rinnovati equilibri politico-istituzionali. Ed infatti, dopo l'esito negativo del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 ed il decollo del nuovo Governo Gentiloni, le norme per l'elezione della Camera dei deputati sarebbero rimaste "orfane", sia di chi ne aveva sostenuto strenuamente l'approvazione, sia di quella riforma della seconda Camera con cui avevano visto la luce ed avrebbero dovuto in prospettiva combinarsi. Inoltre, la stessa campagna referendaria aveva fatto emergere, anche sul piano mediatico, quelle stesse criticità della normativa che nel frattempo erano state portate alla Consulta da parte dei tribunali di [Messina](#) e di [Torino](#), e quindi, anche, ora, di [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#) (v. *infra*)... laddove pure sul piano politico si era andata definitivamente consumando la progressiva presa di distanza

all'attribuzione di un premio di maggioranza senza che sia raggiunta una soglia minima di voti o di seggi" (v., supra, la precedente nota).

⁷ Ci si riferisce, in particolare, al ricorso al voto di fiducia per l'approvazione della legge, nonché all'emendamento che, avendo inserito nel testo una sorta di "preambolo riassuntivo dei caratteri essenziali della legge stessa elettorale", ha determinato l'inammissibilità degli ulteriori emendamenti che erano stati presentati (cfr., sul punto, *infra*, il § 4).

⁸ V. le modifiche apportate all'art. 2, della "Proposta di testo di base" della riforma elettorale, del 30 gennaio 2014 ("Modifiche al sistema di elezione del Senato della Repubblica"), nella seduta dell'11 marzo 2014.

⁹ V. il [d.d.l. cost. \(n. 1429\)](#), presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi) l'8 aprile 2014, "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione". Per alcuni primi studi relativi alla proposta di riforma, v. E. ROSSI (cur.), *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016; e P. COSTANZO, A. GIOVANNELLI, L. TRUCCO (curr.), *Forum sul d.d.l. costituzionale "Renzi-Boschi". Dieci studiosi a confronto*, Torino, 2015. V., inoltre, il testo della deliberazione legislativa costituzionale (n. 2613-D) approvato in via definitiva il 12 aprile 2016, a commento del quale, *ex multis*, P. COSTANZO (cur.), *Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi*, *Giurisprudenza italiana*, Milano, 2016.

¹⁰ Tanto da avere indotto a reputarla addirittura «una sentenza figlia del referendum» (così S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in [Federalismi.it](#), 4/2017, 1).

¹¹ Ci si riferisce, al [rinvio a nuovo ruolo](#), disposto dalla Consulta il 20 settembre 2016, proprio delle questioni relative all'*Italicum* (l'udienza per la discussione sulle eccezioni di costituzionalità sarebbe stata quindi fissata al 24 gennaio 2017) sollevate sulla legge elettorale c.d. *Italicum*, il quale sarebbe stato motivato, in sostanza, dalla necessità di evitare di adottare una decisione che avrebbe potuto condizionare il voto sulla stessa proposta di riforma costituzionale del 4 dicembre 2016 (cfr., in tal senso, *ex multis*, M. SICLARI, *Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge n. 52 del 2015, alla luce del comunicato emesso dalla corte, il 25 gennaio 2017*, in [Nomos](#), 1/2017, 1).

dalla legge da parte di pressoché tutte le forze parlamentari (financo all'interno dello stesso partito di maggioranza)¹².

2. La “rilevanza proceduralizzata” nei giudizi elettorali per la via incidentale

Tracciato, dunque, pur per sommi capi, il “movimentato” contesto in cui la “[Sentenza Italicum](#)” è stata depositata, e di cui, come vedremo (*infra*, al § 15), è dato di ritrovare traccia nella stessa decisione, ci si propone di portare subito l'attenzione sui profili processuali, e più avanti su quelli di merito (§ 5 e ss.), affrontati. Anche questa volta, infatti, così come nel quadro della vicenda che ha portato alla [sent. n. 1 del 2014](#)¹³, ampia parte delle osservazioni della dottrina, già prima che la decisione fosse data, si erano appuntate sulle questioni di carattere procedurale, nella consapevolezza di come lì si concentrassero i maggiori ostacoli ad una qualche declaratoria di incostituzionalità della legge, mentre una volta riusciti a portare alla Corte la “sostanza” delle questioni si poteva pensare che la strada sarebbe risultata più “in discesa”.

Del resto, era stato proprio, prima ancora che sul piano sostanziale, su quello processuale, segnatamente, all'atto di appurare la sussistenza del requisito della “rilevanza” che, lo stesso giudice costituzionale, non solo in precedenza (v., ad es., l'[ord. n. 512 del 2000](#) e la [sent. n. 259 del 2009](#)), ma anche ed ancora in tempi più recenti (v., ad es., la [sent. n. 110 del 2015](#) e l'[ord. n. 165 del 2016](#)) aveva chiuso le porte del proprio sindacato ai sistemi di elezione, ritenendo, «nella rigorosa osservanza dei limiti dei propri poteri», di non poter intervenire “tanto più in una materia quale quella elettorale, connotata da un'ampia discrezionalità legislativa” (v., in tal senso, la stessa [sent. n. 35 del 2017](#), e quindi, oltre che la [sent. n. 1 del 2014](#), le sentt. [n. 242 del 2012](#), [n. 271 del 2010](#), [n. 107 del 1996](#), [n. 438 del 1993](#), e l'[ord. n. 260 del 2002](#)).

Su questa base, la dottrina più sensibile a questi temi era tornata ad evidenziare la necessità che la Corte, in quanto «giudice», si limitasse ad operare «nei ristretti termini delle regole processuali», compreso, oltre alla non manifesta infondatezza, il requisito della rilevanza, che vuole, notoriamente, che il giudizio incidentale sulla legittimità delle leggi sorga «solo quando un giudice ordinario, nel corso del giudizio insorto innanzi a lui, si trovi nella necessità di applicare una norma di legge che gli sembra insanabilmente illegittima», risultando, in ultima analisi «sia il giudice che solleva la domanda che la Corte che gli risponde [...] strettamente legati alla concreta applicazione della norma impugnata»...ritenendosi che nel caso di specie tali presupposti non sussistessero¹⁴.

Tuttavia è parso da subito difficile poter pretendere che la stessa Corte, dopo la [sent. n. 1 del 2014](#), posta di fronte ad una legge elettorale nuovamente problematica, in riferimento, per di più, come vedremo (*infra*, al § 9 e ss.), a profili già giudicati incostituzionali (nella stessa [sent. n. 1 del 2014](#)), potesse tornare, anche sul piano procedurale, sui propri passi. Ed infatti, essa, nella [sent. n. 35 del 2017](#), si sarebbe determinata nel senso della continuità col proprio recente passato, chiarendo subito che la [sent. n. 1 del 2014](#) avrebbe costituito “il precedente al quale avrebbe inteso attenersi nel valutare le eccezioni di inammissibilità per difetto di rilevanza” (§ 3.1.).

Nel contempo, essa non è venuta meno a quanto auspicato dalla stessa dottrina¹⁵ circa la necessità di compiere un'adeguata *actio finium regundorum* della materia, al fine di circondare il proprio possibile intervento delle necessarie cautele. In questo senso, nell'occasione si è dato al requisito

¹² V. spec., il [Documento](#) della commissione sulla legge elettorale istituita dalla Direzione nazionale del PD il 10 ottobre 2016.

¹³ L'“*odissea elettorale-giudiziaria*” che ha portato alla [sent. n. 1 del 2014](#) è descritta da F.C. BESOSTRI, in *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, M. D'Amico e S. Catalano (curr.), Milano, 2014, 19 e ss.

¹⁴ Cfr., ad es., in tal senso (già prima della [pronuncia](#) della Corte) R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in [laCostituzione.info](#) del 13 gennaio 2017; A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, *ivi*, 15 febbraio 2017; e F. FERRARI, *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, [ivi](#), 18 febbraio 2017.

¹⁵ V., al proposito, la nota precedente.

della “rilevanza” una caratterizzazione di tipo (ancor più) perspicuamente “proceduralizzato” (rispetto al passato), condizionandone il positivo riscontro alla dimostrazione della sussistenza di, fondamentalmente, quattro vincoli: due dei quali – interesse ad agire e nesso di pregiudizialità – di natura più ordinaria¹⁶, ed altri due – “rilievo” del diritto oggetto di accertamento e presenza di una “zona franca” – d’impronta marcatamente costituzionalistica¹⁷.

Ciò ha consentito alla Corte di compensare la qualche disponibilità ad acconsentire una certa “attenuazione” di talune caratteristiche della “via indiretta”¹⁸ con una più rigorosa dimostrazione della «peculiarità», per l’appunto, e del «rilievo costituzionale» del diritto oggetto di accertamento nel giudizio *a quo*, nonché del fatto che l’esigenza di un simile sindacato servisse ad «evitare la creazione di una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale» in un ambito «strettamente connesso con l’assetto democratico dell’ordinamento» (§ 3.1.). Si anticipa subito che la sussistenza di questi ultimi requisiti è stata riscontrata positivamente, nell’occasione, dal nostro giudice costituzionale, il quale, nel parlare espressamente di «diritto costituzionale di voto¹⁹», ha altresì considerato come, in mancanza di un qualche suo possibile intervento in relazione alle elezioni politiche nazionali” un tale diritto (avrebbe continuato a) “non poter trovare altrimenti tutela giurisdizionale” (§ 3.1.)²⁰

Dell’aversi, peraltro, a che fare con un giudizio pur sempre di tipo “indiretto” è dato di vedere dalla perdurante centralità che ha continuato e continua ad occuparvi il ruolo dei giudici rimettenti, al punto da sembrarvi addirittura emergere un sostanziale disinteresse, della Corte, per le vicende processuali alla base dei giudizi *a quibus* (v., *infra*, i §§ 3 e 4). Il fatto poi, che, almeno da questo punto di vista, possano apparirne accresciute le potenzialità espansive della schematica del giudizio elettorale incidentale di cui si sta ragionando, tende, a ben vedere, a sfumare nell’insieme di quella “rilevanza proceduralizzata” testé menzionata. Per cui il risultato, può sin d’ora anticiparsi, è un giudizio incidentale “*sui generis*”, il cui espletamento costituisce, dopo la [sent. n. 35 del 2017](#), come

¹⁶ Ci si limita ad osservare che, a differenza della [sent. n. 1 del 2014](#), nella [sent. n. 35 del 2017](#) la verifica della legittimazione delle parti e quella della giurisdizione del giudice rimettente sono rimaste in ombra (come se la loro sussistenza fosse stata data, ormai, per assodata).

¹⁷ Cfr., *amplius*, in argomento, R. BALDUZZI e P. COSTANZO (curr.), [Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi](#), Torino, 2007

¹⁸ Cfr., in tal senso, ad es. P. CARNEVALE, *Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della corte costituzionale del 25 gennaio scorso... sperando di non incorrere in allucinazioni. Note a prima (non lettura) sulla decisione relativa alla legge n. 52 del 2015*, in [Nomos.it](#), 1/2017, 3, e A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un’autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull’Italicum*, in [Forum di Quaderni Costituzionale](#), 2017, 3 e 4.

¹⁹ Sul tema del voto in una prospettiva dogmatica e nella giurisprudenza costituzionale sia consentito rinviare a L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 115 e ss., e, più di recente, M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, 7 e ss.

²⁰ Ciò, come precisa lo stesso giudice delle leggi, «in forza di quanto disposto dall’art. 66 Cost. e dall’art. 87 “T.U. Camera”, come interpretati dai giudici comuni e dalle Camere in sede di verifica delle elezioni, anche alla luce della mancata attuazione della delega contenuta nell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”), nella parte in cui autorizzava il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio, oltre che per le elezioni amministrative ed europee, anche per quelle relative al rinnovo dei due rami del Parlamento nazionale (così, esplicitamente, [ordinanza n. 165 del 2016](#); già prima, sentenze [n. 110 del 2015](#) e [n. 259 del 2009](#); [ordinanza n. 512 del 2000](#))». Su di una simile problematica si rinvia, in particolare, a G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, e L. TRUCCO, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra “vecchie” - ma mai superate - e “nuove” questioni*, in *Rass. Parl.*, 2006, rispettivamente, 785 e ss. e 809 e ss.; v., inoltre, E. LEHNER, *La verifica dei poteri nelle ultime Legislature del Parlamento italiano*, in *Giur. cost.*, 2009, 419 e ss., e ID. *L’apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell’autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, *ibidem*, 3620 e ss.; e P. TORRETTA, *Verifica dei poteri e stato costituzionale. Saggio sull’articolo 66 della Costituzione*, Roma, 2012.

– ed anzi più che – nella [sent. 1 del 2014](#), una *extrema ratio* attivabile dalla Corte in via per così dire “sussidiaria”²¹, in un quadro complessivo la cui regia resta nelle mani della Consulta²².

3. *L’interesse ad agire “in mero accertamento elettorale”*

Nella suddetta prospettiva dell’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale il requisito dell’“interesse ad agire” delle parti ricorrenti sarebbe potuto rivelarsi il profilo in assoluto più critico dell’intera vicenda processuale, se solo si pensa alla difficoltà di dimostrare la sussistenza di un pregiudizio concreto del diritto oggetto di accertamento, nell’ambito di una vicenda in cui le norme indubiate non erano ancora state applicate. Di qui la particolare attenzione delle parti e dei giudici aditi, sul punto, con l’evidenziazione, tra l’altro, della caratteristica della “permanenza” del diritto costituzionale di voto, a cui si sarebbe dovuta ricollegare l’esigenza di un esercizio dello stesso “senza incertezze” ed “in ogni momento”, dunque con un sistema di elezione scevro da qualsiasi dubbio di incostituzionalità²³.

La Corte è stata invece *tranchante* nel ravvisarne la sussistenza, confermando (sulla scorta, del resto, dei propri precedenti in materia), in punto di principio, l’idea per cui «l’apprezzamento su una condizione dell’azione quale l’interesse ad agire» dei ricorrenti essendo «tipicamente compito del giudice rimettente», non risulta suscettibile, come tale, di riesame, qualora sia sorretto da una motivazione sufficiente e non implausibile nel giudizio principale (§ 3.3.)²⁴. Là dove criticità non sono sorte nemmeno rispetto alla situazione messinese, la quale si presentava apparentemente ancora più problematica da questo punto di vista, dato che qui, a differenza che negli altri casi, l’[ordinanza](#) era stata rimessa al giudice costituzionale (il 17 febbraio 2016, ovvero) quando le disposizioni censurate (pure entrate in vigore, il 23 maggio 2015) non solo non erano state applicate, ma non sarebbero state neppure ancora applicabili, in quanto la legge ne aveva stabilito il differimento dell’efficacia “a decorrere dal 1° luglio 2016” (art. 1, c. 1, lett. *i*) e art. 2, c. 35, della legge n. 52 del 2015)²⁵.

Neppure una tale circostanza, però, è stata ritenuta determinante ai fini della sussistenza dell’interesse ad agire. Mentre è risultato decisivo il fatto che, indipendentemente da intervenuti atti applicativi, il legislatore avesse indicato un termine certo nell’*an* e nel *quando* per l’operatività delle norme indubiate (avendosi quindi avuto a che fare, potrebbe dirsi, parafrasando la Corte, con “una condizione sospensiva dell’operatività delle regole, legata al verificarsi di un evento di certo accadimento futuro”). Pertanto, su questa base, pure nel caso messinese al pari degli altri giudizi *a*

²¹ Si riprende qui l’espressione terminologica utilizzata da A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità*, cit., 4

²² In tutta coerenza, dunque, la Consulta nella propria giurisprudenza successiva alla [sent. n. 1 del 2014](#) originata da questioni di legittimità costituzionale promosse nell’ambito di giudizi introdotti da azioni di accertamento in materia elettorale si è pronunciata nel senso dell’inammissibilità nei casi in cui è risultato invece possibile l’espletamento di un sindacato di legittimità delle normative elettorali per la via, per così dire, “ordinaria” (v., ad es., la [sent. n. 110 del 2015](#) e l’[ord. n. 165 del 2016](#), con riguardo al sistema di elezione del Parlamento europeo).

²³ Cfr. sul punto F. BESOSTRI, *Punti critici per un voto a tempi brevi*, in [Nomos](#), 1/2017, 1.

²⁴ Non ha trovato obiezioni, infatti, da parte della Consulta, l’idea, sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e su cui tutti e cinque i giudici rimettenti si sono trovati d’accordo, circa la sufficienza, anche in forza dei parametri costituzionali che garantiscono l’effettività e la tempestività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113, secondo comma, Cost.), ai fini dell’esperibilità delle azioni di accertamento, dell’esistenza di un mero stato di dubbio o di una incertezza oggettiva sull’esatta portata dei diritti e degli obblighi scaturenti da un rapporto giuridico, anche di fonte legale, senza che debba necessariamente essersi già realizzato un pregiudizio dei diritti rivendicati (v., ad es., Corte cass., sez. III civ., sent. 10 novembre 2016, n. 22946; Corte cass., sez. III civ., sent. 23 giugno 2015, n. 12893; e Corte cass., sezione lav., sent. 31 luglio 2015, n. 16262).

²⁵ Si noti la qualche ambiguità che poteva generare l’interpretazione sistematica delle due disposizioni, dato che mentre l’art. 1, c. 1, lett. *i*) stabiliva che l’elezione della Camera dei deputati avvenisse “secondo le disposizioni della presente legge” a decorrere, per l’appunto, dal 1° luglio 2016, l’art. 2, c. 35, sembrava circoscrivere, della medesima applicazione differita, l’efficacia alle sole disposizioni “di cui al presente articolo”, ammettendo l’immediata operatività delle altre.

quibus, è potuta essere riconosciuta la sussistenza dell'interesse ad agire, risultandone pure qui la potenzialità lesiva della normativa indubbiata già attuale, «sebbene destinata a manifestarsi in futuro, in coincidenza con la sua sicura applicabilità»...sicché la rimozione dell'incertezza sulla portata del diritto di voto avrebbe ed ha rappresentato, nella prospettiva della Corte, «un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non attraverso l'intervento del giudice» (§ 3.3.).

Senza dubbio, dunque, con la "[Sentenza Italicum](#)" si è assistito ad una dilatazione del requisito dell'interesse ad agire – al punto da potersi prospettare un "interesse ad agire in mero accertamento elettorale" –, nella direzione di una maggiore "astrazione" del giudizio, comparativamente alla "concretezza" che notoriamente caratterizza la via incidentale. È restato fermo, in ogni caso, il carattere "successivo" di un tale sindacato di costituzionalità (così da non renderne accostabili le caratteristiche al modello francese od a quello contenuto nella proposta di riforma costituzionale "Renzi-Boschi").

Merita, peraltro, di considerarsi come a fronte della "neutralizzazione" (sul piano processuale) del meccanismo del differimento dell'efficacia normativa in materia elettorale²⁶, una lettura letterale della "[Sentenza Italicum](#)" – segnatamente, nella parte in cui, come si è visto per l'innanzi, ha individuato il fatto costitutivo idoneo a giustificare la sussistenza dell'"interesse ad agire" «nella disciplina legislativa già entrata in vigore» (sebbene, per l'appunto « non ancora applicabile al momento della rimessione della questione, oppure al momento dell'esperimento dell'azione di accertamento») – potrebbe generare un'ulteriore "zona franca", in tutti quei casi in cui lo stesso legislatore decidesse di ricorrere, com'è, del resto, nella sua possibilità (*ex art. 73, u.c. Cost.*) al meccanismo – invece che dell'"applicabilità" differita – dell'"entrata in vigore" differita (della legge elettorale). Di qui l'auspicio di un'identificazione del fatto storico e giuridico (idoneo ad attivare quel potenziale nocivo, integrante, per l'appunto, l'interesse ad agire nel quadro dei giudizi di accertamento dei sistemi di elezione) non (come sembrerebbe fare la Corte) nell'entrata in vigore, ma quando lo stesso testo legislativo si presenti, per così dire, come "irreversibilmente stabile" (con la promulgazione)²⁷.

4. Il nesso di pregiudizialità delle questioni sul voto

L'ultima condizione a cui è necessario adempiere in vista di soddisfare il requisito della rilevanza è costituito, come si diceva (*supra*, al § 2), dalla dimostrazione del "nesso di pregiudizialità" del giudizio principale rispetto al giudizio costituzionale elettorale. E cioè a dire, com'è noto, la non coincidenza dei profili affrontati nell'ambito dei giudizi *a quibus* e delle questioni di legittimità oggetto del sindacato di costituzionalità, con la conseguenza del permanere di «un margine di autonoma decisione» in capo al giudice *a quo*, dopo l'eventuale sentenza di accoglimento da parte del giudice costituzionale (v., ad es., più di recente, la [sent. n. 1 del 2014](#) e la [sent. n. 110 del 2015](#)).

Ebbene, pure per un tale profilo non si sono posti problemi, dal momento che (anche qui) la Consulta ha dimostrato di condividere le prospettazioni dei giudici *a quibus*, secondo cui mentre l'oggetto del primo sarebbe consistito nell'accertamento della «pienezza» del diritto di voto, nel secondo, lo stesso sarebbe stato invece dato dalla verifica della conformità alla Costituzione della legge elettorale politica e, particolarmente, del pregiudizio che si assumeva da questa arrecato al «diritto di voto». Ciò ci porta a considerare la maggiore estensione, almeno sul piano concettuale,

²⁶ Al quale, pertanto, ci si limita ad osservare, potrebbe ricorrere ora senza più remore «un legislatore in principio disinteressato, che pensa al bene comune, si riferisce a consolidati modelli offerti dal diritto comparato e ha l'obiettivo di ricostruire il prestigio e l'autorevolezza del nostro Parlamento», all'atto di forgiare le norme sui sistemi elettorali munito di un "velo d'ignoranza" (secondo quanto auspicato, ad es., ancora di recente, da M. CARTABIA, *Tutti le fanno la Corte. Politica in stallo*, in *L'Espresso*, 22 gennaio 2017, 28 e ss. e da N. ZANON, *Fare la legge elettorale* "sous l'oeil des russes", in *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, cit., 123 e ss.; per una prospettiva ancor più disillusa al riguardo, v. M. LUCIANI, *A lezione di storia*, *Nomos*, 1/2017, 2).

²⁷ Si fa propria, pertanto, qui la tesi secondo cui la legge è «sostanzialmente compiuta sin dalla conforme approvazione dei due rami del Parlamento», ma richiede ancora «la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, affinché si realizzi la sua perfezione formale» (così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 345).

dell'attività che sono chiamati a svolgere in questi casi i giudici ordinari, nell'ambito dei "propri" giudizi principali "di merito", rispetto al sindacato costituzionale, dovendo essi operare un più ampio accertamento circa la sussistenza di tutte le varie condizioni (spec. quelle connesse alla cd. "capacità elettorale") da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto, e, se del caso (a seguito di eventuali pronunce della Corte costituzionale), dar seguito al ripristino «nella pienezza della sua espansione» dello stesso suffragio (violato). Mentre pare più consono ragionare nei termini di una certa omologazione dei due tipi di giudizio con più specifico riguardo all'elemento temporale, dovendosi invece riconoscere, in questo caso, l'efficacia retroattiva delle pronunce dei giudici di merito, come pure delle declaratorie di incostituzionalità (a far data dalla venuta ad esistenza delle norme censurate, salvo l'intervento di fatti definitivi delle relative vicende, come potrebbero essere, in ipotesi, le "proclamazioni degli eletti")²⁸. Il che non dovrebbe, comunque, pregiudicare la possibilità per i giudici ordinari di prestare le proprie "altre" possibili e necessarie forme di tutela (tenendo conto, se del caso, financo dell'avvenuto svolgimento di elezioni sulla base di meccanismi elettorali rivelatisi incostituzionali).

Da quanto si è detto rileva, ci pare, la sussistenza di una qualche "incidentalità" del giudizio, con la messa in secondo piano dell'idea della presenza, in questi casi, di qualche "*fictio litis*". Là dove ad ulteriore conferma della volontà della Corte di mantenersi al possibile salda sul terreno della "via indiretta" si trova pure, per propria parte, la scelta di non dar seguito alla richiesta di autorimessione dell'intera legge n. 52 del 2015²⁹, che, se accolta, avrebbe comportato un "salto" degli stessi giudici a *quibus* (e con essi dei menzionati ostacoli di ordine procedurale), potendo, per di più, condurre alla "diretta" caducazione addirittura dell'intero testo legislativo (dato che aveva ad oggetto le modalità di approvazione dello stesso testo legislativo)³⁰.

Più in generale, ciò che ne risulta, ci pare, è un delimitazione del ruolo del giudice delle leggi, il cui sindacato non verte sulla «legge elettorale politica» in quanto tale, risultando invece incentrato sull'impatto del (solo) sistema elettorale del Parlamento (solo) sul voto individuale (e non, in generale, sulle "elezioni"). Sicché pare improprio accostare oggi il ruolo della Consulta a quello di un giudice delle elezioni nel senso proprio del termine, sembrando invece più corretto scorgervi un

²⁸ In questo senso, del resto, può guardarsi alla necessità della Consulta, nella [sent. n. 1 del 2014](#), di rifarsi al principio di continuità al fine proprio e per l'appunto di evitare che la decisione di annullamento delle norme censurate incidesse sugli «atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto» (§7). Mentre ci sembra che un diverso inquadramento sia stato dato ad un tale profilo dalla Cassazione, là dove, all'atto di dar seguito alla [sent. n. 1 del 2014](#), ha sostenuto che "la Corte costituzionale avrebbe ripristinato per il futuro (a partire dalla data di pubblicazione della [sentenza n. 1 del 2014](#)) la legalità costituzionale e la possibilità dei cittadini elettori di esercitare il diritto di voto personale, eguale, libero e diretto, ma non avrebbe potuto accertare quali effetti abbiano avuto le disposizioni incostituzionali della legge n. 270 del 2005 sul diritto di voto dei cittadini elettori nel periodo della loro vigenza, trattandosi di un compito che spetta al giudice ordinario" (v., [Corte Cass., sez. I civ., 16 aprile 2014, n. 8878](#)).

²⁹ Per la precisione, sono state le parti costituite nei giudizi instaurati dai tribunali ordinari di [Messina](#), [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#) a domandare alla Corte costituzionale di sollevare di fronte a se stessa la questione di legittimità costituzionale dell'intera legge n. 52 del 2015, «con particolare riferimento ai suoi articoli fondamentali (1, 2 e 4)», poiché questa sarebbe stata approvata, prima al Senato e poi alla Camera, «in palese violazione dell'art. 72, commi 1 e 4, Cost. e dell'art. 3 del protocollo CEDU (per come richiamato dall'art. 117, comma 1, Cost.)». Tuttavia, la Corte, nell'occasione, ha confermato la propria giurisprudenza (rifacendosi «tra le tante», alle sentt. [n. 83 del 2015](#), [n. 94 del 2013](#), [n. 42 del 2011](#), [n. 86 del 2008](#) e [n. 49 del 1999](#)), ribadendo l'inammissibilità di eccezioni di incostituzionalità che, come nel caso di specie, abbiano già costituito oggetto di pronunce di infondatezza nei giudizi principali e di un'estensione del *thema decidendum* a profili diversi da quelli individuati dai giudici nelle ordinanze di rimessione (onde evitare, com'è noto, ricorsi impropri a mezzi di impugnazione delle decisioni dei giudici *a quibus*).

Può essere però interessante notare come lo stesso giudice delle leggi non abbia perso l'occasione, all'atto, di dichiarare l'inammissibilità dell'istanza, per operare una ridefinizione in senso ampliativo dell'ambito dell'autorimessione, e conseguentemente del *thema decidendum* ad essa relativo, rifacendosi al complesso degli atti della procedura (dunque non solo di quelli introduttivi del giudizio, ma anche, ad es., delle memorie aggiunte delle parti processuali)...rilevandone, in ultima analisi la (lamentata) "compressione" delle modalità di approvazione del testo di legge non solo alla Camera dei deputati ma – ecco l'estensione – anche al Senato.

³⁰ Cfr., sul punto, prima della decisione della Consulta, E. A. IMPARATO, [La Consulta alla prova dell'Italicum: la via dell'autorimessione](#), in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#) (11 gennaio 2017), 9 e ss.

adeguamento del livello minimo essenziale della strumentazione di cui sono dotate, ormai da tempo, le Corti supreme (anche) europee, nel segno di una non intaccata legittimazione del proprio ruolo di giudice costituzionale e di un allineamento del nostro ordinamento a quanto avviene in seno alle democrazie maggiormente consolidate³¹.

5. *I capilista non del tutto blindati*

Passando ora all'esame del merito delle singole questioni affrontate nella "[Sentenza *Italicum*](#)", a conferma del sostanziale disinteresse della Corte per le vicende "interne" ai giudizi a *quibus*, va rilevata la tendenziale omologazione delle varie ordinanze, in considerazione del fatto che le stesse presentavano per lo più «censure analoghe», motivate «con argomentazioni coincidenti e con riferimento ai medesimi parametri costituzionali» (§ 2). Ciò che ha portato la Corte a riunire e decidere con un'unica [pronuncia](#) giudizi che, pur essendo accomunati dal fatto di svolgersi con riguardo all'accertamento del medesimo "diritto di voto" assunto violato e nella cornice pur sempre dei procedimenti sommari di cognizione (*ex art. 702 bis c.p.c.*), presentavano tuttavia percorsi procedurali "interiormente" differenti, nonché tali da condurre ad "esiti sostanziali" forse sovrapponibili ma non del tutto equivalenti sul piano concettuale (rilevandovi, in ultima analisi, in alcuni casi il voto come "diritto soggettivo" ed in altri, invece, in quanto "diritto politico")³².

Una tale strategia ha consentito al giudice costituzionale di poter disporre del più adeguato "materiale" sulla base del quale improntare la propria decisione, occupandosi di questioni destinate altrimenti ad essere bloccate dal filtro procedurale dell'inammissibilità. In particolare, nello svolgimento del suddetto ruolo di "giudice del voto" la Consulta ha potuto così affrontare la questione di costituzionalità portata alla sua attenzione solo dal [Tribunale di Messina](#) relativa ai capilista blindati³³, senza ravvisare problemi al riguardo, essendo prevalsa sull'idea per cui nel quadro di un tale sistema di votazione il suffragio sarebbe risultato, in sostanza, «"indiretto" e, quindi, né libero, né personale», nonché «distorsivo» della rappresentanza parlamentare, quella secondo cui le novità introdotte dall'*Italicum*, al confronto con le norme dichiarate incostituzionali della "legge Calderoli", avrebbero costituito un frutto legittimo della discrezionalità del legislatore elettorale.

Più precisamente, sono state tre le differenze che hanno indotto la Corte a ritenere che qui, a differenza che nel proprio precedente, fosse dato di riscontrare un qualche margine di incidenza del voto degli elettori³⁴. Il fatto, cioè, che in quello si avesse a che fare «con liste bloccate e lunghe di

³¹ Sia consentito di rinviare al riguardo a L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, cit., *passim*.

³² Così, a [Torino](#), [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#) si era scelto di ripercorrere la medesima strada seguita nel procedimento che aveva portato alla [sentenza n. 1 del 2014](#), e ci si era rivolti quindi ai relativi tribunali in composizione monocratica (*ex art. 50-ter c.p.c.*). Merita, al proposito, di osservarsi come sebbene il procedimento qui seguito trovi applicazione nelle ipotesi in cui la questione sia tale da poter essere decisa in maniera sommaria (non presentando, quindi, "punti controversi complessi e che necessitano di un'istruzione probatoria tipica del processo ordinario di cognizione"), tuttavia, un tale carattere di "sommarietà" attiene solo ed esclusivamente alla celerità che caratterizza la procedura, dal momento che il giudizio è in realtà un processo a cognizione piena, il quale, pertanto, a differenza di altri procedimenti sommari, svolge in ogni caso la funzione di accertare definitivamente il diritto soggettivo controverso tra le parti del giudizio.

Diversamente, a [Messina](#), la considerazione per cui l'oggetto del contendere avrebbe riguardato una materia – quale quella dei "diritti elettorali politici" connessi a quel particolare *status* della persona che inerisce alla qualità di cittadino-elettore e dei "sistemi" attraverso i quali vengono formate le supreme assemblee rappresentative del potere legislativo nazionale – per la quale, trattandosi di questione relativa "allo stato ed alla capacità delle persone" e rilevando l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico sotteso", è previsto come obbligatorio "l'intervento del pubblico ministero" (art. 70, co. 1, n. 1 c.p.c.), ha condotto dinanzi al tribunale in composizione collegiale (ai sensi dell'art. 50 *bis* c.p.c.).

³³ Più precisamente, il Tribunale ordinario di Messina con [ord. del 17 febbraio 2016](#) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, lett. g), della legge n. 52 del 2015 e degli artt. 18-*bis*, c. 3, 1° periodo, 19, c. 1, 1° periodo, e 84, c. 1, "T.U. Camera", come modificati o sostituiti, rispettivamente, dall'art. 2, cc. 10, lett. c), 11 e 26, della legge n. 52 del 2015, per violazione degli artt. 1, 1° c. e 2° c., 2, 48, 2° c., 51, 1° c., 56, 1° e 4°, Cost.

³⁴ L'*Italicum* prevede infatti un sistema di voto "misto", in parte blindato ed in parte preferenziale, dando modo agli elettori di esprimere (*ex art. 1, c. 1, lett. c)*; e art. 2 c. 4) oltre al voto di lista, fino a due preferenze per candidati, non

candidati» e fosse «in radice esclusa, per la totalità degli eletti, qualunque indicazione di consenso degli elettori», mentre ora le liste erano «presentate in cento collegi plurinominali di dimensioni ridotte», e «dunque formate da un numero assai inferiore di candidati»; che, a differenza di prima, qui l'unico candidato bloccato era il capalista, il cui nome compariva sulla scheda elettorale (ciò che ne consentiva la conoscibilità da parte degli elettori); ed infine, che l'elettore poteva «esprimere sino a due preferenze, per candidati di sesso diverso tra quelli che non sono capalista», cosa che invece prima non accadeva.

In particolare, determinante nel condurla a concludere che non vi fossero ora i presupposti per procedere ad una dichiarazione d'incostituzionalità è risultata la constatazione, in tutta coerenza rispetto a quanto per l'innanzi osservato, del fatto che, a differenza che nel passato, la scelta dei rappresentanti non risultasse più “rimessa totalmente ai partiti”. Passaggio argomentativo, questo, in cui mentre si è certificata l'inammissibilità di una “monopolizzazione” dello spazio politico da parte delle stesse formazioni politiche, è parso, altresì, essere anticipato il tema dell'inaccettabilità di scelte arbitrarie in materia di elezioni (v., al proposito, *infra*, il 7). In una tale direzione, nel sostenere (forse più che nella [sentenza n. 1 del 2014](#)³⁵) la centralità «della posizione assegnata ai partiti politici dall'art. 49 Cost.» («tanto più delicata in quanto quei candidati sono bloccati») la Corte ha quindi adombrato un suo possibile intervento in tutte quelle ipotesi (concernenti, dunque – può pensarsi – anche, al limite, profili interni oltre che attività esterne degli stessi partiti politici) diverse comunque dai meri “inconvenienti di fatto”³⁶, in cui, avendosi a che fare con una qualche forma di esercizio del potere elettorale, si presentino situazioni in grado «di per sé», di «tradursi in un vizio d'illegittimità costituzionale»³⁷.

6. La candidatura multipla in versione attenuata...ma non troppo

Ancora, può pensarsi che a militare nel senso della conservazione dei capalista bloccati sia stata una ragione più di tipo tecnico, data dalla presa d'atto delle interrelazioni col meccanismo delle cd. “candidature multiple” previsto dalla normativa. Sebbene, infatti, lo si fosse tentato di espungere in sede di riforma del sistema di elezione della Camera dei deputati³⁸, il congegno della multicandidatura era stato infine mantenuto...sia pur in una versione più temperata, dandosi l'opportunità di essere inclusi “in liste con il medesimo contrassegno” solo “fino ad un massimo di dieci collegi”, nonché – ecco qui il legame – solo ai capalista (a pena di nullità dell'elezione), per i quali gli elettori non possono esprimere la propria preferenza di voto.

capalista, di sesso diverso, secondo l'ormai noto meccanismo della “doppia preferenza di genere” (per cui le preferenze di voto rilevano, al momento dell'assegnazione dei seggi, dai secondi eletti in lista in poi).

³⁵ Nella [sent. n. 1 del 2014](#), infatti, essa, rifacendosi alla propria [ord. n. 79 del 2006](#), aveva affermato che «le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria al fine di eleggere le assemblee – quali la “presentazione di alternative elettorali” e la “selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche” – non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.», concludendo, quindi, per l'idea che simili funzioni dovessero «essere preordinate ad agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini ed alla realizzazione di linee programmatiche che le formazioni politiche sottopongono al corpo elettorale, al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati» (§5.1.).

³⁶ Sull'irrelevanza dei cd. “inconvenienti di fatto” nel giudizio costituzionale, la Corte richiama nella “[Sentenza Italicum](#)”, *ex multis*, le sentt. [n. 219](#) e [n. 192 del 2016](#), e le ordd. [n. 122](#) e [n. 93 del 2016](#). V., sul punto, la nota che segue.

³⁷ Cosa che ad es. non è stata, nel caso in esame, con riguardo al fatto lamentato dal [Tribunale di Messina](#) per cui le liste di minoranza avrebbero potuto avere eletti solo tra i capalista bloccati, dato che una simile evenienza secondo il giudice costituzionale costituirebbe una conseguenza «certo rilevante politicamente» che deriva «di fatto» anche dal modo in cui il sistema dei partiti è concretamente articolato «e che non può, di per sé, tradursi in un vizio d'illegittimità costituzionale».

³⁸ V. l'art. 1, c. 10 della “Proposta di testo di base” della riforma elettorale, e, quindi, il d.d.l. n. 1385 approvato dalla Camera dei deputati il 12 marzo 2014, recante “Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati”.

Ebbene, la considerazione, unitamente, di candidatura multipla e capilista blindati ha finito per collocare in una luce positiva l' idoneità della messa in campo delle varie (e massimamente di tutte e dieci le) candidature (blindate) multiple (dei capilista) di smorzare le rigidità dovute proprio al voto bloccato, data l'attitudine, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, del «numero dei capilista candidati in più collegi», a «liberare seggi da assegnare ad eletti con preferenze» (§ 11.2.), a fronte del riaffiorare degli automatismi del sistema in stretta corrispondenza al venir meno del suddetto combinato di istituti. Tanto sembra essere quindi bastato per far salvo lo stesso istituto della candidatura multipla, annoverandone i presupposti di applicazione e gli esiti tra quelle «molte» variabili fattuali (qui, per l'appunto, sul terreno delle candidature) reputate di rilievo trascurabile per il sindacato di costituzionalità (v., *supra*, il § 5).

Se, pertanto, non è senza un qualche paradosso che si deve prendere definitivamente atto dell' idoneità della candidatura multipla a stemperare una qualche spigolosità del voto bloccato, più in ombra nella decisione è rimasto il profilo della capacità del voto blindato a sfumare le criticità della multicandidatura ... risultandone, però, ci pare comunque si guardi la situazione, un certo decremento della capacità d'incidenza del voto individuale³⁹. Da questo punto di vista, forse troppo sbrigativamente è stata derubricata (anche qui) come “conseguenza di scelte di ordine esclusivamente fattuale” la questione dell' idoneità del meccanismo della candidatura multipla, pure in una tale versione “attenuata” – ma non troppo⁴⁰ – a continuare a disorientare gli elettori, restando per i medesimi difficile, se non impossibile, stabilire chi effettivamente verrà a beneficiare del loro suffragio⁴¹.

In particolare, è possibile pensare che le multicandidature mettano sotto *stress* una sicura capacità del sistema di instaurare, per il tramite del voto, un qualche rapporto diretto «di rappresentanza fra elettori ed eletti»⁴² a detrimento della valorizzazione, proprio, come si diceva, di quel profilo “a correzione” del quale dovrebbero intervenire all'atto di “rimpiazzare” i capilista blindati, ovverosia la scelta preferenziale (per la persona candidata). Senza dire poi di come al combinato “blindatura/multicandidatura” debba, nel caso dell'*Italicum* pure per come corretto dalla Corte, aggiungersi l'impatto del successivo gioco delle opzioni concatenate ed, ancora più in generale, il *mix* tra tutte queste *technicalities*, per di più, con riguardo ad ambo i rami del Parlamento, data la perdurante vigenza di molti di questi meccanismi anche per l'elezione del Senato⁴³....con quanto di

³⁹ La portata di un tale rischio meglio si comprende se si guarda alla ragione che, specie a partire dal Secondo dopoguerra, in vigenza, pertanto, ormai, di norma, del suffragio universale, e, poi, soprattutto, in tempi più recenti, hanno portato in molta parte degli ordinamenti di caratura liberaldemocratica a prevedere espliciti divieti alle multicandidature (cfr., in tal senso, ad es., Belgio, Spagna, Danimarca, Austria, Germania, Lussemburgo, Olanda e financo, nel 2007, l'Inghilterra; v. inoltre i “deterrenti” delle elezioni primarie e dell'obbligo della residenza dei candidati, negli Stati Uniti)...e cioè a dire, al di là di fattori di carattere ideologico e di ordine pratico, la presa d'atto – anche in chiave storica – dell'attitudine della candidatura multipla proprio ad alterare il principio “*one man, one vote*”, rendendo più probabile l'elezione di determinate candidature a scapito di altre, col relativo sostegno elettorale, fino a compromettere, nei casi estremi, la stessa genuinità della competizione (cfr., sul punto, F. BAILO, *Capacità elettorale e Costituzione*, Napoli, 2016, 229 e ss.).

⁴⁰ In una portata modesta, infatti, in quanto limitata a soli tre collegi, la multicandidatura era stata prevista, ad es., da parte del d. lgs. lgt. 10 marzo 1946, n. 74, e quindi del menzionato d.P.R. n. 361 del 1957, nella versione originaria, per l'elezione della Camera dei deputati (art. 19) e dalla legge 6 febbraio 1948, n. 29, per quella (art. 8); così come, fatte le dovute differenze del caso, da parte della legge 17 febbraio 1968, n. 108, recante le “norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale” (che ancora vige in alcune regioni e) che consente/iva ai candidati per i consigli regionali di “presentare la propria candidatura in un massimo di tre circoscrizioni purché sotto lo stesso simbolo” (art. 9).

⁴¹ Per un qualche approfondimento di un tale rilievo si rinvia, volendosi, a L. TRUCCO, *Le candidature multiple tra passato, presente...ed italicum*, in *Rivista AIC*, 3/2015.

⁴² Così la Corte costituzionale ancora nella [sent. n. 1 del 2014](#), al §5.1.

⁴³ Nell'ambito della vicenda che aveva portato la Corte a mettere mano alla [sent. n. 1 del 2014](#), infatti, il meccanismo della multicandidatura non aveva costituito oggetto di questioni di legittimità costituzionale da parte della Cassazione, e pertanto il giudice costituzionale non l'aveva preso in considerazione (v. [Corte Cass., sez. I, civ., ord. 17 maggio 2013, n. 12060](#)). Si rammenti, peraltro, come il medesimo meccanismo fosse “scampato”, in precedenza, all'abrogazione da parte della consultazione referendaria del 2009 (terzo quesito), non essendosi nell'occasione attinto il necessario *quorum* dei votanti.

problematico ne consegue, tra l'altro (anche in una prospettiva transnazionale⁴⁴), in punto di effettiva rappresentatività dell'organo parlamentare⁴⁵.

7. L'opzione personalistica dei candidati blindati

Se, come si è visto, sul versante della presentazione delle liste di candidati la Corte ha guardato in modo congiunto alle previsioni dei capilista e della multicandidatura, una diversa prospettiva è stata adottata con riguardo allo stesso meccanismo delle candidature multiple all'atto invece della proclamazione degli eletti, essendone stati mantenuti separati gli esiti rispetto al criterio da applicare, nel caso di plurielezione, per l'individuazione del territorio in cui radicare effettivamente la propria elezione. Ed infatti, ferma la validità della multicandidatura in senso stretto considerata è stata dichiarata incostituzionale la parte in cui si consentiva «al deputato eletto in più collegi plurinomiali di dichiarare alla Presidenza della Camera dei deputati, entro otto giorni dalla data dell'ultima proclamazione, quale collegio plurinomiale prescelga» (art. 85 del d.P.R. del 30 marzo 1957 n. 361, nel prosieguo: “T.U. Camera”, come modif. dall'art. 2, comma 27, dell'*Italicum*)⁴⁶.

La Consulta è parsa pertanto qui attivare quella possibilità di sindacato relativa anche ad attività elettorali comunque in grado di “tradursi in vizi d'illegittimità costituzionale”, di cui si è in precedenza riferito (v., *supra*, il § 6). Là dove, nel caso in esame, ciò è stato dovuto, tra l'altro, alla sostanziale “arbitrarietà” dell'«opzione», data la possibilità per il capolista bloccato «eletto in più collegi», «di essere titolare non solo del potere di prescegliere il collegio d'elezione», ma altresì «indirettamente», anche di un improprio potere, sul versante dell'elettorato “passivo”, di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale».

⁴⁴ A proposito di Convenzione EDU e diritto di voto, cfr. M. RUBECHI, *Il diritto di voto*, cit., 148 e ss.

⁴⁵ Si osserva, al proposito, come la considerazione della “variabilità” delle discipline normative e delle scelte di politica elettorale alle medesime sottese “in funzione dei fattori storici, politici e culturali propri di ciascuna realtà statale”, abbia portato il giudice di Strasburgo, nella propria ormai copiosa giurisprudenza relativa all'art. 3 del Prot. n. 1 della Convenzione EDU, a riconoscere un ampio «margine di apprezzamento» degli Stati, dimostrando (anche) la Corte EDU di volersi riservare in punto di principio un ruolo “straordinario” (cfr., per una posizione analoga, fatte le dovute differenze del caso, da parte del nostro giudice costituzionale, *supra*, il §2) ad un qualche proprio sindacato in materia (cfr., proprio con riguardo al sistema di elezione per le politiche italiano introdotto dalla legge n. 270 del 2005, la Corte EDU nella decisione relativa al caso [Saccomanno e altri](#) del 13 marzo 2012, ric. n. 11583/08, che abbiamo annotato in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2012). Tuttavia, non sono mancati casi in cui la stessa si è manifestata contraria a che il legislatore potesse anche solo “ostacolare” («*ne doit entraver*») la libera scelta da parte degli elettori del «proprio» organo di rappresentanza politica considerando che «*l'expression de la volonté du peuple à travers des élections libres, honnêtes et périodiques*», implica il rispetto del «*principe de l'égalité de traitement [...] dans l'exercice de [...] droit de vote*». Per cui «*[les conditions imposées] doivent refléter, ou ne pas contrecarrer, le souci de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel*», dato il rischio, altrimenti, di compromettere «*la validité démocratique du corps législatif ainsi élu et des lois promulguées par lui*». Cfr., in tal senso, il filone giurisprudenziale avviato con la sentenza relativa al caso [Mathieu-Mohin Et Clerfayt](#) del 2 marzo 1987, ric. n. 9267/81 (su cui avevamo portato l'attenzione, con P. COSTANZO, in *Il Caso Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio in tema di diritti elettorali*, in M. CARTABIA (cur.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 237 e ss.; e proseguito con quelle concernenti i casi (solo per citarne alcuni) [Aziz c. Chypre](#) del 22 settembre 2004, ric. n. 69949/01, spec. §28; [PY c. France](#) del 6 giugno 2005, ric. n. 66289/01, spec. §§45-47; [Hirst c. Royaume-Uni \(n. 2\)](#) del 6 ottobre 2005, ric. n. 74025/01, spec. il §62; [Zdanoka c. Lettonie](#) del 16 marzo 2006, ric. n. 58278/00, spec. §104; [Yumak e Sadak c. Turquie](#) dell'8 luglio 2008, ric. n. 10226/03, spec. §63.

Stando così le cose, è lecito pensare che, avverso gli effetti della multicandidatura “attenuata” – ma non troppo – dell'*Italicum* di cui si è qui ragionato, potrebbe militare la constatazione della tendenza registratasi specie a partire dal Secondo dopoguerra e, quindi, in tempi più recenti favorevole alla “dismissione”, con la previsione talora di espliciti divieti con riguardo all'applicazione di un simile meccanismo (*supra*, la nota 39).

⁴⁶ La relativa questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dai tribunali ordinari di [Torino](#), [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#), i quali avevano lamentato la violazione da parte del suddetto art. 85 “T.U. Camera” (come modif. dall'art. 2, comma 27, della legge n. 52 del 2015) degli artt. 3 e 48 Cost. e (solo) i tribunali ordinari di [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#) anche dell'art. 1, 2° c., Cost.

Nell'occasione, non sono invece venuti in rilievo alcuni altri profili di disparità di trattamento tra candidati pure nell'ambito delle medesime liste, meritevoli comunque di una qualche considerazione. Ci si limita al proposito ad osservare come, con riguardo proprio ai diritti "dei candidati", lo stesso giudice delle leggi avesse già avuto modo di chiarire l'inammissibilità di «irragionevoli discriminazioni nel godimento dell'anzidetto diritto o restrizioni non giustificate dal fine di garantire interessi generali parimenti meritevoli di tutela costituzionale» (v. la [sent. n. 235 del 1988](#)), così come di normative che attribuiscono a determinate "categorie" di candidati «maggiori opportunità di successo elettorale rispetto agli altri» (v. la [sent. n. 4 del 2010](#)). In una tale prospettiva, a risultare problematica avrebbe potuto essere la stessa previsione della possibilità solo per i capilista (a pena di nullità dell'elezione), per i quali gli elettori non possono esprimere la propria preferenza di voto, di candidarsi in più circoscrizioni (v., *supra*, il § 5), non essendo, con indubbia, avversa, coerenza, un'identica facoltà conferita ai candidati su cui gli elettori sono chiamati ad una scelta preferenziale (v. l'art. 1 e l'art. 2, c. 11 della legge n. 52 del 2015. Anche se poi, a ben vedere, ad essere controversa è, più ampiamente, la compatibilità del meccanismo della multicandidatura col principio di eguaglianza in termini di ragionevolezza e di sicura riconducibilità alla discrezionalità del legislatore di un simile complesso di regole. Il rischio, infatti, è che la predisposizione di regimi normativi differenziati, previsti con riguardo a situazioni analoghe se non addirittura identiche sul versante sia passivo che attivo dell'elettorato, finiscano per impattare negativamente vuoi sulle pari opportunità di essere eletti dei candidati (risultandone ora in assoluto più beneficiate dal sistema le candidature "multiple e blindate", rispetto a quelle "singole e preferenziali"), vuoi su quelle di voto, a danno specialmente degli elettori (soprattutto, qui, di quei collegi in cui, in forza del basso numero di candidature, si rende possibile votare per un semplice "ticket" elettorale, o poco di più, magari "multicandidato", oltre che "blindato")⁴⁷.

8. Segue: ... ed il sorteggio tra casualità ed anonimia

La qualche attenzione, poi, del giudice costituzionale (anche) per il versante "attivo" dell'elezione rileva nella parte della pronuncia in cui viene riscontrata l'irragionevolezza della possibilità solo per i capilista bloccati e multicandidabili di determinare «con la loro opzione, l'elezione – o la mancata elezione – di candidati che hanno invece ottenuto voti di preferenza», con la conseguenza (anche) di affidare «alla decisione del capolista il destino del voto di preferenza espresso dall'elettore nel collegio prescelto»⁴⁸. Ciò in considerazione dell'idoneità di una simile logica «in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori» e a determinare una

⁴⁷ Così, ad es., nell'[ordinanza del Tribunale di Torino](#) è stata considerata «insita una certa, ma non irragionevole, distorsione del voto in un sistema che, come quello in esame, contempra una speciale categoria di candidati (i capilista) che possono essere eletti grazie al solo voto di lista, e le cui possibilità di elezione vengono rafforzate con la possibilità di estendere territorialmente la candidatura» (p. 20). Ma a ben vedere vi è un'ulteriore criticità della legge sempre con riguardo alle pari opportunità dei candidati la quale, senza arrivare a prospettare una qualche incompatibilità col dettato costituzionale, meriterebbe, forse, nondimeno di essere rimeditata in sede politico-legislativa. Ci si riferisce alla possibilità, nei collegi in cui sono assegnati 3 o 4 seggi, di procedere alla presentazione di liste composte da due soli candidati, incluso il capolista, e, analogamente, la possibilità, nei collegi di 5 o 6 seggi, di indicare tre candidati, di cui uno capolista: va da sé, infatti, che, in tali contesti, il livello di personalizzazione del voto sarebbe indubbiamente elevato, a fronte, tuttavia, di un radicale assottigliamento dell'offerta elettorale disponibile, dato che, in sostanza, gli elettori sarebbero chiamati ad esprimere le proprie preferenze nei confronti di singole candidature (di sesso diverso).

⁴⁸ All'obiezione, poi, dell'Avvocatura generale dello Stato relativa alla legittimità della multicandidatura dell'*Italicum* in ragione della qualche analogia col sistema elettorale proporzionale antecedente al 1993, per cui anche allora ai candidati eletti in più collegi sarebbe stata attribuita una "libera facoltà di scelta del collegio d'elezione", è stato agevole per la Corte replicare che in quel sistema elettorale, come pure, ad es., nel sistema per l'elezione dei membri italiani al Parlamento europeo, non solo l'accesso alle multicandidature non sarebbe (stato) riservato ai capilista, ma sarebbe (risultato) possibile, altresì, per l'elettore accordare il voto di preferenza a qualunque candidato, il quale, se eletto in più circoscrizioni, avrebbe dunque – qui ragionevolmente, in forza dei "propri" voti – scegliere a discrezione quella in cui essere proclamato (v. il § 12.2.).

distorsione dell'esito del suffragio in uscita, con pregiudizio così «non solo del principio dell'uguaglianza ma anche della personalità del voto, tutelati dagli artt. 3 e 48, secondo comma, Cost.» (§ 12.2.).

Giunto a questo punto, come ulteriore passaggio il giudice delle leggi ha ritenuto di dover rinvenire in via suppletiva il «criterio residuale» da applicare in caso di “multielezione” nel sorteggio...e cioè a dire in quel criterio dagli esiti del tutto casuali, contenuto nella porzione di disposizione non coinvolta dall'accoglimento della questione, sebbene «espressa nella medesima disposizione coinvolta dalla pronuncia di illegittimità costituzionale», nonché frutto ancora «dell'originaria volontà del legislatore». Ci pare che la conseguenza di una tale caducazione delle modalità di opzione previste originariamente dall'*Italicum* col relativo subentro del sorteggio sia la restituzione di una qualche centralità – sia pur per una strada così indiretta – dell'elemento partitico. E questo in ragione innanzitutto degli esiti che sul piano della proclamazione potranno derivare dall'inibizione di un possibile uso personalistico del potere. Ma anche del fatto che se, come sembra possibile, lo spettro dell'“aleatorietà” del sorteggio dovesse trattenere dal ricorrere alle candidature multiple, ne risulterebbero valorizzate, sul piano della presentazione delle liste, le candidature blindate, frutto della valutazione delle stesse formazioni politiche (secondo scelte, a seconda dei casi, maggiormente condivise o invece impersonificate dei rispettivi *leaders*).

Non può dirsi pertanto del tutto riuscito il tentativo della Consulta di mantenere ferma, sin dove possibile, una posizione asettica e scevra di concrete conseguenze: una volta ammessa, infatti, in via esclusiva, la riconducibilità «con evidenza» alla «ponderata valutazione del legislatore» di quanto non sarebbe potuto essere compiuto da essa medesima (e cioè a dire l'individuazione «tra i vantaggi e i difetti che ciascuno di essi presenta» di un possibile criteri “di opzione”), il risultato ottenuto, per così dire, “per sottrazione” non è stato neutro. Anzi, a ben vedere una tale scelta di non scegliere potrebbe presentare a sua volta dei problemi di non trascurabile rilievo, dato che l'applicazione su ampia scala di un metodo, quale per l'appunto il sorteggio, nel bene e nel male del tutto casuale ed anonimo, potrebbe produrre lo “sradicamento” dell'elezione dal terreno del voto (quando invece in precedenza, al momento di rivolgersi ai deputati eletti in più collegi plurinominali sarebbe stato, quanto meno in astratto, possibile dare la precedenza alle candidature in qualche modo meglio piazzate).

Almeno in questi termini, la Corte sembrerebbe dunque non mostrare la propria avversione all'idea del possibile concretizzarsi di un principio di rappresentatività – cuore della pronuncia – fortemente “impersonale” e che al limite potrebbe addirittura prescindere dall'instaurazione, per il tramite dell'elezione, di un rapporto solido tra elettori ed eletti (militando in tal senso nell'“*Italicum* corretto”, come si è visto, i capilista blindati, le candidature multiple, ora pure il sorteggio e come vedremo pure il premio di maggioranza ed il meccanismo di “slittamento” dei seggi)⁴⁹. Anche se poi della qualche aporia nel ragionamento, e dato traccia nel prosieguo della pronuncia, essendo lo stesso giudice costituzionale a rivelare di avere presente il rischio, col ricorso ad un simile criterio, di produrre proprio ciò che avrebbe voluto evitare: e cioè a dire la «contraddizione manifesta con la logica dell'indicazione personale dell'eletto da parte dell'elettore», che pure la legge n. 52 del 2015 aveva in parte accolto «permettendo l'espressione del voto di preferenza»⁵⁰. Là dove, invece, come viene suggerito, maggiormente «coerenti con la disciplina della legge n. 52 del 2015 in tema di candidature e voto di preferenza» potrebbero essere altre soluzioni (e cioè a dire, l'elezione del capolista collocato

⁴⁹ Si avverte che si sta usando qui in maniera atecnica il termine “rappresentatività”. Per un suo approfondimento terminologico e concettuale, anche nel quadro dell'*Italicum*, cfr. l'intervento di A. RUGGERI, in *Forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, A. Ruggeri e A. Rauti (curr.), Torino, 2015, spec. 53.

⁵⁰ Cfr., per una posizione fortemente al riguardo, ad es., A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità*, cit., 7, il quale osserva altresì come «tra l'altro, volendo, la Corte avrebbe potuto sollevare davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale della norma *de qua*, piuttosto che avallare la scelta del legislatore, e far quindi luogo ad una pronuncia additiva in funzione della salvaguardia del valore primario della rappresentatività».

nel collegio che ha maggiormente premiato la sua lista⁵¹ oppure quella del capolista collocato nel collegio del candidato preferenziale della sua stessa lista piazzatosi peggio dei candidati simili negli altri collegi⁵²).

Nel confidare, dunque, con la Consulta, nella «responsabilità del legislatore» affinché sostituisca il criterio del sorteggio «con altra più adeguata regola, rispettosa della volontà degli elettori», resta da osservare come il generale rinvio contenuto nel “Testo unico delle leggi recanti le norme per l’elezione del Senato della Repubblica”, alle disposizioni “per quanto applicabili” del “Testo unico delle leggi per l’elezione della Camera dei deputati”, “per l’esercizio del diritto di voto” e per tutto ciò che non è disciplinato dal testo unico stesso” (art. 27 TU Senato) dovrebbe come logica conseguenza comportare un’estensione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità al corrispondente meccanismo dell’opzione col relativo subentro del sorteggio anche per gli eletti di Palazzo Madama, con la conseguente introduzione, pure qui, della “multicandidatura temperata” (ex art. 19 TU Camera) di cui si è per l’innanzi ragionato.

Tuttavia, la presenza di due diversi sistemi di votazione – ibrido, in quanto in parte blindato ed in parte preferenziale a doppia preferenza di genere alla Camera e completamente preferenziale al Senato – potrebbe produrre esiti affatto differenti nei due rami del Parlamento. Allo stato, infatti (in mancanza di una generale revisione della materia o anche di un qualsiasi intervento razionalizzatore), nel caso in cui non si dovesse far luogo al meccanismo (si rammenti: facoltativo) delle multicandidature, mentre alla Camera dei deputati si avrebbe, come si è visto (*supra*, al § 5), un aumento del numero dei capilista bloccati fino a coincidere, al limite, col numero stesso dei collegi, al Senato, all’opposto, nella medesima situazione di ripulsa delle multicandidature, ne potrebbe risultare valorizzato in massimo grado l’elemento preferenziale *tout court*. Una dinamica speculare si avrebbe, invece, nell’ipotesi in cui si dovesse comunque decidere di ricorrere alle candidature multiple in entrambi i rami del Parlamento, dato che mentre alla Camera il ricorso a siffatto meccanismo avrebbe l’effetto di far emergere e valorizzare, salvo che nel collegio sorteggiato, il voto preferenziale attribuito ai candidati non capilista, al Senato, invece, il combinato disposto “multicandidatura e sorteggio” sortirebbe quasi certamente l’effetto di disallineare il rapporto preferenziale tra elettori ed eletti, finendo per rendere *tamquam non esset* (a vantaggio dei secondi arrivati) il voto preferenziale collocatosi in prima posizione in tutti i collegi del multicandidato fuorché in quello in cui lo stesso è stato sorteggiato.

9. Il “cortocircuito” ballottaggio-premio di maggioranza

Parimenti fondata è stata ritenuta la questione di legittimità costituzionale (sollevata dai tribunali di [Torino](#), [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#))⁵³ concernente l’attribuzione del premio al turno di ballottaggio nell’ipotesi di mancato conseguimento, da parte di una qualche lista, al primo turno, di almeno il 40% del totale dei voti validi espressi fra le liste dimostrate in grado di ottenere, al primo turno, le due maggiori cifre elettorali nazionali, avendo comunque superato la soglia di sbarramento nazionale del

⁵¹ Così, «secondo una logica assai diversa, tesa a valorizzare il rilievo e la visibilità della sua candidatura, potrebbe invece prevedersi che il capolista candidato in più collegi debba essere proclamato eletto in quello dove la rispettiva lista ha ottenuto, sempre in percentuale, la maggiore cifra elettorale, in relazione agli altri collegi in cui lo stesso si era presentato quale capolista» (§12.2.).

⁵² Così, «secondo una logica volta a premiare il voto di preferenza espresso dagli elettori, potrebbe stabilirsi che il capolista candidato in più collegi debba esser proclamato eletto nel collegio in cui il candidato della medesima lista – il quale sarebbe eletto in luogo del capolista – abbia riportato, in percentuale, meno voti di preferenza rispetto a quelli ottenuti dai candidati in altri collegi con lo stesso capolista» (§12.2.).

⁵³ Più nel dettaglio, mentre il solo [Tribunale ordinario di Genova](#) ha censurato anche l’art. 1 “T.U. Camera”, come modif. dall’art. 2, c. 1, della legge n. 52 del 2015, lo [stesso giudice](#) ed anche i tribunali ordinari di [Torino](#), [Perugia](#), [Trieste](#) e [Genova](#), hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, c. 1, lett. f), della legge n. 52 del 2015 e dell’art. 83, c. 5, “T.U. Camera”, come sostituito dall’art. 2, c. 25, della legge n. 52 del 2015, lamentandone l’incompatibilità con l’art. 1, c. 2, e con gli artt. 3, e 48, c. 2, Cost.

3%⁵⁴. A quest'ultimo riguardo, si osserva che al Senato vigono soglie diverse, applicate, per di più, su base regionale, risultandone conseguentemente ammesse alla ripartizione dei seggi solo le coalizioni che arrivano a prendere il 20% voti e che contengano “almeno una lista collegata che abbia conseguito sul piano regionale almeno il 3% dei voti validi espressi”, fatte salve le liste delle medesime coalizioni che abbiano comunque attinto alla soglia dell'8%; nonché le liste non coalizzate che abbiano saputo conseguire almeno l'8% dei voti validi espressi (*ex artt.* 16 e 17, del d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, nel prosieguo: “T.U. Senato”).

Riprendendo il filo del discorso, può pensarsi che una volta riscontrata la mancanza nella normativa indubbiata «di una soglia minima di voti alla lista» a cui subordinare l'elargizione del suddetto premio di maggioranza, la Corte avrebbe potuto limitarsi ad affermare l'incostituzionalità della normativa per la violazione del proprio giudicato. Del resto, è stata essa stessa, ad un certo punto, ad osservare come la giurisprudenza costituzionale, con specifico riferimento a sistemi elettorali che innestano un premio di maggioranza su di un riparto di seggi effettuato con formula proporzionale, avesse già affermato «che, in assenza della previsione di una soglia minima di voti e/o di seggi cui condizionare l'attribuzione del premio, il meccanismo premiale è foriero di un'eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa» ([sent. 15](#) e [sent. n. 16 del 2008](#), [sent. n. 1 del 2014](#), [sent. n. 13 del 2012](#))⁵⁵. Ed invece le argomentazioni messe in campo si sono mosse su di un terreno diverso, più approfonditamente rivolto ai sistemi di elezione (v. subito appresso), nonché alle connessioni da questi intrattenute con la forma di governo (v., *infra*, il § 11) ... ed avendosi comunque cura di evidenziare la volontà del legislatore «di tener fede alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale» (§ 9.2.).

La Consulta ha così teso a chiarire l'ammissibilità della previsione, nell'ambito di un medesimo sistema di elezione, di meccanismi variamente inclini al conseguimento di esiti più di tipo maggioritario o proporzionale, alla condizione di un'adeguata combinazione tra i medesimi (come nel caso, ad es., del premio di maggioranza al primo turno di voto, su cui porteremo l'attenzione *infra*, al § 12). Non valendo, tuttavia, questo, in quelle ipotesi in cui con l'impiego di determinate *technicalities* si arrivi invece – se non del tutto a snaturare – quanto meno a compromettere l'indole del sistema. In particolare, come chiarito in altre occasioni, il meccanismo premiale non potrebbe arrivare a “rovesciare” «la *ratio* della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore» quando questa sia volta ad «assicurare», secondo una logica proporzionale, «la rappresentatività dell'assemblea parlamentare» (v. la [sent. n. 1 del 2014](#)). In quest'ottica, si è ritenuto che l'innesto di «tratti maggioritari» nel sistema elettorale delineato dalla legge n. 52 del 2015 non abbia però cancellato «la logica prevalente della legge», fondata su una formula di riparto proporzionale dei seggi, «che resta tale persino per la lista perdente al ballottaggio, la quale mantiene quelli guadagnati al primo turno» (§ 9.2.). Pertanto, dinnanzi (un'altra volta) ad una normativa di questo tipo, tendente esclusivamente a dettare le regole per il comporsi dell'assemblea, né è (ri)emerso, in tutta la sua portata, «il limite costituito dall'esigenza costituzionale di non comprimere eccessivamente il carattere rappresentativo dell'assemblea elettiva e l'eguaglianza del voto» (§ 9.2.).

D'interesse, inoltre, è il fatto che, al di là delle indicazioni utili al legislatore, al fine di rendere compatibile lo stesso turno di ballottaggio dell'*Italicum* (dichiarato incostituzionale) «con i tratti qualificanti dell'organo rappresentativo nazionale», la Corte non abbia nemmeno sbarrato la strada

⁵⁴ Più precisamente, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. *f*), della legge n. 52 del 2015, limitatamente alle parole “o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione”; dell'art. 1, c. 2, “T.U. Camera”, come sostituito dall'art. 2, c. 1, della legge n. 52 del 2015, limitatamente alle parole “, ovvero a seguito di un turno di ballottaggio ai sensi dell'art. 83”; e dell'art. 83, c. 5, “T.U. Camera”, come sostituito dall'art. 2, c. 25, della legge n. 52 del 2015.

⁵⁵ Per un esame approfondito del premio di maggioranza dopo la [sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#) cfr. F. BIONDI, *Il premio di maggioranza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, cit. 64 e ss.

alla possibilità di prevedere forme di ballottaggio⁵⁶...là dove dotate però, si precisa, di caratteristiche tali da rendere il secondo turno finalizzato, «oltre che alla elezione di un solo candidato, anche a garantirne l'ampia *rappresentatività* nel singolo collegio»⁵⁷, come del resto per lo più avviene, in ambito comparato, nell'ambito degli ordinamenti che lo hanno adottato⁵⁸. Il che rende, tra l'altro, di attualità l'importanza che (anche) nella prospettiva di un rendimento proiettivo o, invece, selettivo dei sistemi di elezione ha, al di là delle formule adottate, l'applicazione pure di altri elementi, tra cui, particolarmente, il disegno di collegi e circoscrizioni⁵⁹.

Ad ogni modo, il “cortocircuito” prodotto nel sistema dall'applicazione combinatamente di “ballottaggio e premio di maggioranza” ha pregiudicato il conseguimento dei suddetti esiti⁶⁰. Più precisamente, è stata qui la trasformazione «artificialmente» di una lista «che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta» ad essere risultata problematica. Secondo la Corte, infatti, il turno di ballottaggio fra le sole due liste più votate al primo turno sarebbe servita a supplire il mancato raggiungimento, al primo turno, della soglia minima per il conseguimento del premio, al fine precipuo di indicare quale fosse la parte politica destinata a sostenere, in prevalenza, il governo del Paese...per cui il (pur) «legittimo» (in altri contesti) «perseguimento dell'obbiettivo della stabilità di Governo, di sicuro interesse costituzionale», avrebbe (invece ora) prodotto «in tal modo un eccessivo sacrificio dei due principi costituzionali ricordati». Di qui, dunque, l'affermazione dell'incompatibilità delle modalità dell'attribuzione del premio attraverso il turno di ballottaggio previste dall'*Italicum* col dettato costituzionale, a causa dell'eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza che si sarebbe potuta produrre, con uno «sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali» riguardati (artt. 1, secondo comma, 3 e 48, secondo comma, Cost.).

10. *Il quorum tra votanti e voti validi*

Chiarito, dunque, che non sono stati il ballottaggio, né il meccanismo premiale ad essere (stati) reputati incompatibili con la Carta, bensì il combinato dei due in quanto tale (segnatamente, «le stringenti condizioni di accesso al turno di ballottaggio», che «attraverso una radicale riduzione dell'offerta politica» avrebbero condotto «alla sicura attribuzione di tale premio»), ciò che se ne ricava, e che del resto la stessa Corte lascia trapelare, è che un qualche aggiustamento della situazione si potrebbe avere rivedendosi di un simile congegno taluni profili (coll'inserirvi, ad es., «alcuni, o tutti», i correttivi la cui assenza era stata considerata problematicamente dai giudici rimettenti).

⁵⁶ In questo senso, è stata evidenziata la possibilità, tra l'altro, dopo la [sentenza sull'*Italicum*](#), di affermare la piena compatibilità nel quadro vigente di «meccanismi di tipo maggioritario» (così A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'*Italicum*: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 marzo 2017, 6; ed in senso analogo S. CECCANTI, *Tre brevi riflessioni: motivazioni per il no al ballottaggio, auto-applicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole*, in [Nomos](#), 1/2017, 3 e 4).

⁵⁷ Il corsivo è nostro.

⁵⁸ Afferma al proposito la Corte: «Il turno di voto qui scrutinato – con premio assegnato all'esito di un ballottaggio in un collegio unico nazionale con voto di lista – non può essere accostato alle esperienze, proprie di altri ordinamenti, ove al ballottaggio si ricorre, nell'ambito di sistemi elettorali maggioritari, per l'elezione di singoli rappresentanti in collegi uninominali di ridotte dimensioni. In casi del genere, trattandosi di eleggere un solo rappresentante, il secondo turno è funzionale all'obbiettivo di ridurre la pluralità di candidature, fino ad ottenere la maggioranza per una di esse, ed è dunque finalizzato, oltre che alla elezione di un solo candidato, anche a garantirne l'ampia rappresentatività nel singolo collegio» (§9.2.).

⁵⁹ Tra i molti studi al riguardo si rinvia, volendosi, a L. TRUCCO, *Democrazie elettorale e stato costituzionale*, cit., 305 e s. 379 e s.

⁶⁰ Peraltro, si tratta di un profilo della cui problematicità era stato dato rilievo da parte della dottrina: v., ad es., l'intervento di G. SORRENTI, in *Forum sull'*Italicum**, cit. 9 e ss., nonché, volendosi, L. TRUCCO, in *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, 68 e s. (con riguardo alla “[Proposta di testo di base](#)” di legge elettorale di cui *supra*, alla nota 8) e in *Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 (ATTO SECONDO)*, in questa *Rivista, Studi*, 2015/I, 27 aprile 2015, 298 e s.

Da questo punto di vista, avrebbe forse meritato una maggiore attenzione la questione relativa alla mancata previsione, da parte della normativa, di un *quorum* dei votanti (data la stessa constatazione del giudice costituzionale per cui non potrebbe in astratto escludersi «che, in periodi di forte astensione dal voto, l'attribuzione del premio avvenga a favore di una lista che dispone di un'esigua rappresentatività reale»). In particolare, oltre che nel quadro del primo turno di votazione, sarebbe potuto essere interessante – proprio nella vigenza di quelle “stringenti condizioni” di passaggio tra un turno e l'altro di cui si è ragionato – esaminarne gli esiti al secondo turno (come del resto era stato prospettato dal [Tribunale di Genova](#)). In altre esperienze, infatti, grazie alla sua attitudine a favorire una qualche serietà e condivisione dei risultati elettorali, il *quorum* dei votanti viene previsto proprio nel quadro di certe “forzature” del sistema⁶¹. Tuttavia, la questione è stata rapidamente accantonata dalla Corte, in considerazione del fatto che «condizionare il premio al raggiungimento di una soglia calcolata sui voti validi espressi ovvero sugli aventi diritto costituisce oggetto di una delicata scelta politica, demandata alla discrezionalità del legislatore e non certo soluzione costituzionalmente obbligata» (§ 6).

Diversamente, uno dei profili che più ha contribuito alla declaratoria di incostituzionalità, è stato costituito dalla possibilità per una lista di accedere al turno di ballottaggio anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo, ottenendo, ciononostante il premio, dato che la soglia minima non potrebbe che innalzarsi, al secondo turno, ad almeno il 50% più uno dei voti (visto che le liste ammesse al ballottaggio sono solo due). Ora, proprio in una tale potenzialmente sproporzionata elargizione di seggi rispetto all'effettivo numero di voti ottenuto al primo turno la Corte ha visto il riprodursi «seppure al turno di ballottaggio» di «un effetto distorsivo analogo a quello che [...] aveva individuato, nella [sentenza n. 1 del 2014](#), in relazione alla legislazione elettorale previgente».

Sebbene, poi, una riduzione dell'ammontare del premio avrebbe forse potuto portarla a determinarsi diversamente, il fatto che l'elargizione di 340 seggi costituisca un livello di per se stesso minimale rispetto al totale di cui si compone la Camera dei deputati rende improbabile, ci pare, l'adozione di una tale soluzione per il futuro. Maggiore fortuna potrebbe invece averla il percorrimto della strada indicata, sia pur tra le righe, dallo stesso giudice delle leggi, col censurare il fatto che il turno di ballottaggio sarebbe stato dal legislatore «costruito» come una «prosecuzione» rispetto alla votazione svoltasi al primo turno... lasciando così intendere che sarebbe potuta approdare a conclusioni diverse se il turno di ballottaggio fosse stato concepito «come una nuova votazione rispetto a quella svoltasi al primo turno».

Ora, ci sono vari modi in cui potrebbe concretizzarsi una simile idea di “novità” della consultazione⁶². Tuttavia, ci pare che nel contesto della decisione la Corte abbia inteso riferirsi all'ipotesi in cui tra i due turni fossero state consentite forme di collegamento o apparentamento fra liste e (conseguentemente) se la ripartizione percentuale dei seggi, dopo lo svolgimento del turno di ballottaggio fosse potuto cambiare rispetto al primo turno “per tutte le liste diverse da quella vincente” (inclusa la perdente al ballottaggio), con la conseguente attenuazione di un qualche elemento di rigidità del sistema⁶³. Là dove, invece, com'è noto, l'*Italicum* vi aveva posto divieto, in un più ampio

⁶¹ Al proposito, può portarsi come esempio ancora una volta l'ordinamento francese, dove, fatte le dovute differenze del caso, per l'elezione già al primo turno è necessaria non solo la maggioranza assoluta dei suffragi espressi, ma anche che abbia preso parte all'elezione almeno un quarto degli iscritti nelle liste elettorali del collegio (*ex art. L 126 del Code él.*, come inserito, da ultimo, dall'art. 1 della legge 11 luglio 1986, n. 86-825).

⁶² Ad es., potrebbe forse pensarsi al caso in cui l'accesso al secondo turno fosse stato maggiormente “aperto”, dandosi ingresso a tutti coloro i quali avessero ottenuto (come in Francia) il 12,5% dei consensi degli aventi diritto (corrispondente all'incirca al 20%, mediamente, dei voti validi); o a quello in cui comunque fosse stato riscontrato un qualche spargimento delle carte in tavola.

⁶³ Del resto, se i 340 seggi, inclusi gli scranni “premiati”, sono riservati solo alla lista di maggioranza, va da sé che tutte le altre liste, anche quelle destinate a comporre la maggioranza di governo, devono spartirsi i 278 seggi rimanenti; mentre ciò, in punto di principio, non accade se tutte le forze politiche che si alleano nella prospettiva di governo – dunque, per l'appunto, la “coalizione” – sono chiamate ad attingere ai suddetti 340 seggi, per cui i 278 seggi residuali vengono distribuiti (solo) tra le forze di opposizione.

Sembra opportuno, peraltro, guardare in quest'ottica anche alla considerazione della Corte per cui non sarebbe da trascurare «che la soglia può favorire la formazione di un'opposizione non eccessivamente frammentata, così attenuando,

quadro ostativo al comporsi di coalizioni tra liste⁶⁴. Da questo punto di vista va osservato come, benché un tale profilo non avesse costituito oggetto di una esplicita questione presso i giudici rimettenti, nella declaratoria di incostituzionalità sia stata ufficiosamente attratta anche quella parte della disposizione che prevedeva proprio l'esclusione di "ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione" nel turno di ballottaggio (art. 1, c. 1, lett. *f*), della legge n. 52 del 2015).

Venuto ora meno un siffatto divieto nulla parrebbe quindi (più) ostare alla possibilità di presentarsi in coalizioni – nel solo unico turno rimasto – per l'elezione della Camera dei deputati...a maggior ragione se si considera che è stata la Corte stessa, nel riconoscere comunque «l'ampia discrezionalità del legislatore» al riguardo, a prospettare l'idea, per l'appunto, di una possibile attribuzione del «premio ad una singola lista oppure ad una coalizione tra liste» (§ 9.2.). Non fosse che, al momento, mancano le norme che consentirebbero di realizzare i collegamenti tra le liste, specialmente per la presentazione delle liste ed il deposito dei contrassegni delle forze politiche coalizzate (dato che spec. l'art. 14-*bis*, che si occupava di un tale profilo è stato abrogato dall'art. 2, c. 8 e c. 35 della legge n. 52 del 2015)...ed una tale lacuna finisce per coinvolgere pure il Senato dove le coalizioni sono continuate ad essere previste (v. gli artt. 8, 11, 16, 17 del "T.U. Senato"), valendo (anche) ad un tale riguardo il generale rinvio alle disposizioni del testo unico per l'elezione della Camera dei deputati (art. 27 "TU Senato")⁶⁵.

11. Segue: ...nel quadro di una forma di governo perdurantemente parlamentare

Nella "[Sentenza Italicum](#)" rileva, a più riprese, un atteggiamento di *self-restraint* della Corte, in ragione dell'estraneità di determinate scelte dal suo ruolo istituzionale, ma anche ad es., della difficoltà tecnica là dove avesse invece optato per determinate soluzioni, di restituire, all'esito dello scrutinio di legittimità costituzionale, una disciplina elettorale, almeno per l'essenziale, immediatamente applicabile, così da garantirsi in qualunque momento il rinnovo dell'organo costituzionale elettivo. Più in generale, essa non ha perso l'occasione per tornare a riconoscere l'«ampia discrezionalità» in capo al legislatore «nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo in relazione al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato ad operare, riservandosi una possibilità di intervento limitata ai casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole» (rifacendosi, all'uopo, alle [sentt. n. 1 del 2014](#), [n. 242 del 2012](#), [n. 271 del 2010](#), [n. 107 del 1996](#), [n. 438 del 1993](#), ed all'[ord. n. 260 del 2002](#)). In questo senso, ciò che rileva dalla pronuncia è anche la necessità di una certa coerenza del quadro complessivo di regole, dovendosi tener conto, all'atto di definire il sistema di elezione, tra l'altro, della più generale forma di governo nella quale la disciplina si innesta.

Pertanto, nella prospettiva della Corte, l'applicazione di un sistema a scrutinio di lista con turno di ballottaggio risolutivo avrebbe dovuto, tra l'altro e «necessariamente», «tenere conto della specifica funzione e posizione costituzionale» dell'assemblea, «organo fondamentale nell'assetto democratico

anziché aggravando, i disequilibri indotti dalla stessa previsione del premio di maggioranza» (§6). Ciò, infatti, risulta tanto più vero in presenza di "premi di coalizione", quando cioè, come si diceva, alle forze di opposizione spetta comunque un ammontare residuale di seggi in linea di massima prestabilito; mentre diversa risulta la situazione in vigenza di "premi di lista", dato che qui i seggi "filtrati" dalla clausola di sbarramento a scapito delle forze di opposizione possono andare a quelle di maggioranza.

⁶⁴ Cfr., sul punto, ad es., A. RAUTI, *Forum sull'Italicum*, cit. 27 e ss.

⁶⁵ Per completezza si osserva che il Tribunale di Genova aveva sollevato anche la questione di legittimità costituzionale avverso l'art. 83, c. 3, "T.U. Camera", come sostituito dall'art. 2, c. 25, della legge n. 52 del 2015, lamentando la violazione degli artt. 1, secondo comma, 3 e 48, 2° c., Cost., a motivo della lesione della rappresentatività delle minoranze politiche nazionali che sarebbe potuta derivare, in applicazione del particolare sistema di elezione previsto nella Regione Trentino-Alto Adige, in forza della scelta, da parte di queste, di non collegarsi con una qualche lista in grado di acquisire seggi in questa regione a statuto speciale. Tuttavia la questione è stata dichiarata inammissibile, in sostanza, perché posta in maniera «da rendere oscura la complessiva censura sollevata» (§ 13.1.).

dell'intero ordinamento», dato che «in una forma di governo parlamentare, ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che esser primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività». In questo senso, il perseguimento dell'obiettivo di creare una maggioranza politica governante in seno all'assemblea rappresentativa avrebbe potuto qui al più «favorire» ma non addirittura «assicurare» la stabilità del governo: cosa che non è avvenuta nel momento in cui si è appurato che nel quadro «della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione» il sistema risultava finalizzato «a completare la composizione dell'assemblea rappresentativa» stessa, con la creazione di una maggioranza politica governante.

Ciò chiarito, la Corte poi, però, è parsa disponibile alla possibilità di introiettare addirittura sistemi con talune delle caratteristiche “disrappresentative” dell'*Italicum*... tuttavia, in contesti nei quali oltre che le modalità di composizione dell'assemblea e la loro rappresentatività rilevino pure i punti di contatto intrattenuti dallo stesso sistema di elezione con la formazione dell'esecutivo, e, più in generale, con la forma di governo ordinamentale (rilevando, nello specifico, la possibilità, attraverso il sistema elettorale, di «decidere a quale forza politica spetti, nell'ambito di un ramo del Parlamento nazionale, sostenere il governo del Paese» § 9.2.).

Di qui dunque l'attenzione, all'atto di mettere al riparo la «*ben diversa* disciplina del secondo turno prevista nei Comuni di maggiori dimensioni», per il «*ben diverso*» assetto istituzionale alla base di quel sistema, rispetto alla «forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione a livello nazionale», in quanto caratterizzato dall'elezione diretta del titolare del potere esecutivo locale, per cui benché «nel sistema elettorale comunale l'elezione di una carica monocratica, quale è il sindaco, alla quale il ballottaggio è primariamente funzionale, influisce in parte anche sulla composizione dell'organo rappresentativo», una tale disciplina risponderebbe però «ad una logica distinta» da quella che ha ispirato la legge n. 52 del 2015. Ma, del resto, già nella sua più recente giurisprudenza la Corte, con riguardo all'assetto dei comuni, aveva ritenuto che la previsione del premio di maggioranza con la «conseguente alterazione della rappresentanza» non fosse e non sia qui irragionevole, dato che, in un tale diverso contesto istituzionale, quella sorta di “effetto trascinamento” che si produce – da parte del sindaco direttamente eletto, della propria maggioranza di governo – risulta funzionale alle esigenze di governabilità, che nel turno di ballottaggio possono venire qui «più fortemente in rilievo» ([sent. n. 275 del 2014](#))⁶⁶.

12. Il premio di maggioranza “a turno unico ed a soglia certa”

Non ha invece posto problemi la questione concernente la previsione dell'elargizione “comunque” di trecentoquaranta seggi, dopo lo svolgimento del primo turno di voto, “alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi”, posta dal solo [Tribunale di Genova](#)⁶⁷, lamentando, anche da questo punto di vista, l'irragionevole “compressione” che il meccanismo premiale per come costruito avrebbe prodotto dell'eguaglianza del voto e della rappresentatività della Camera⁶⁸.

⁶⁶ Su cui, volendosi, L. TRUCCO, [Materia elettorale: la Corte costituzionale tiene ancora la regia, anche se cambia la trama del film \(riflessioni a margine della sent. n. 275 del 2014\)](#), in *Rass. Parl.*, 2015, 171 e ss. (ed in questa [Rivista, Studi](#), 2015/I, 66 ss.

⁶⁷ Più precisamente, la censura del Tribunale genovese ha investito l'art. 1, c. 1, lett. f), della legge n. 52 del 2015 e gli artt. 1 e 83, c. 1, numeri 5) e 6), c. 2, c. 3 e c. 4, “T.U. Camera”, come rispettivamente novellati dall'art. 2, c. 1 e c. 25, della legge n. 52 del 2015, lamentando di questi il contrasto con l'art. 1, c.2, l'art. 3 e l'art. 48, c. 2, Cost.

⁶⁸ Si osserva, poi, per completezza, sempre con riguardo alle modalità di attribuzione del premio di maggioranza al primo turno di votazione, che sempre il [Tribunale ordinario di Genova](#) aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. f), della legge n. 52 del 2015, in relazione alle parole «sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi», e dell'art. 83, commi 1, numeri 5) e 6), 2, 3 e 4, del “T.U. Camera”, come sostituito dall'art. 2, comma 25, della legge n. 52 del 2015, per violazione degli artt. 1, secondo comma, 3 e 48, secondo comma, Cost. La Corte, nel dichiarare la questione non fondata nel merito, si è comunque dimostrata d'accordo col giudice *a quo* sul fatto «che le disposizioni censurate debbano essere interpretate nel senso che – nell'ipotesi in cui due liste superino, al primo turno, il 40 per cento dei voti – il premio di maggioranza andrebbe comunque assegnato, e attribuito alla lista che ha ottenuto più voti».

La Corte ha infatti ritenuto che una simile disposizione rientrasse nella discrezionalità legislativa in materia e che comunque non fosse «in sé manifestamente irragionevole», poiché volta a bilanciare «i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro» (§ 6).

La “*Sentenza Italicum*” ha così consolidato l'idea dell'ammissibilità – combinatamente ad un sistema elettorale d'indole proporzionale, nonché nel quadro della nostra forma di governo parlamentare – di un congegno, quale il premio di maggioranza, sia pur secondo le caratteristiche della “unicità” dei turni di elezione e della “certezza” della soglia. Inoltre, diversamente che nel passato, la Consulta questa volta si è pronunciata, affermandone espressamente la compatibilità col dettato costituzionale, su di un preciso livello della soglia dei voti (fissato, per l'appunto, al 40%), risultandone conseguentemente, lo stesso “premio di maggioranza” avvalorato. Anzi, alla stessa è parso addirittura anomalo il fatto di argomentare la non compatibilità con i principi costituzionali di una determinata soglia numerica per l'attribuzione del premio e considerare «quale condizione per il positivo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità della disciplina premiale» la sola attribuzione «non già di un premio “di maggioranza”, ma di un premio “di governabilità”, condizionato al raggiungimento di una soglia pari almeno al 50% dei voti e/o dei seggi [...]».

Pertanto, se risulta oggi pacifica la possibilità di prevedere premi di maggioranza, fissandone le relative soglie ad un livello pari o più elevato del 40%, resta da interrogarsi circa l'ammissibilità di soglie più basse e, dunque, più facilmente traguadabili dalle forze politiche in campo. Al riguardo, sebbene la mancanza di riferimenti di tipo comparatistico non agevoli nell'analisi, anche a non voler «ragionare in termini di incostituzionalità in relazione alla percentuale specifica che costituisce la soglia di voti minima per accedere al premio⁶⁹» può pensarsi, comunque, che, se non altro in ragione del suo significato simbolico, sarebbe certamente problematica la fissazione di una soglia intorno al 25% dei suffragi, trattandosi com'è noto, di quanto era stato stabilito dalla famigerata “legge Acerbo” (con la legge 18 novembre 1923, n. 2444).

Dal canto suo, lo stralcio dall'*Italicum* della soglia di sbarramento al 3% su base nazionale per accedere al riparto dei seggi⁷⁰ (e cioè a dire, di quella *technicality* che «comporta un'artificiale

Il [medesimo Tribunale](#) aveva sollevato poi un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, censurando l'art. 1, c. 1, lett. f), della legge n. 52 del 2015 e gli artt. 83, c. 1, nn. 5) e 6), 2 e 5, e 83-bis, c. 1, nn. 1), 2), 3) e 4), del “T.U. Camera”, come rispettivamente sostituiti e aggiunti dall'art. 2, c. 25, della legge n. 52 del 2015 – lamentando ancora la violazione degli artt. 1, c. 2, 3 e 48, c. 2, Cost. Anche qui la questione è stata dichiarata non fondata, consentendo, comunque alla Corte di chiarire la non necessità, nel caso di ottenimento, da parte una qualche lista, al primo turno, di 340 seggi, ma non del 40 per cento dei voti, di procedere al turno di ballottaggio.

Il [Tribunale ordinario di Messina](#), invece, dal canto suo, aveva investito la Corte della questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 1, c. 1, lett. f), della legge n. 52 del 2015 e degli artt. 1, c. 2, e 83, c. 1, c. 2, c. 3, c. 4 e c. 5, del “T.U. Camera”, questi ultimi come modif. dall'art. 2, commi 1 e 25, della legge n. 52 del 2015, lamentandone la violazione dell'art. 48, 2 c. Cost., nonché, nel dispositivo dell'[ordinanza](#), dell'art. 1, c. 1 e c. 2, dell'art. 3, c. 1 e c. 2, dell'art. 49, dell'art. 51, c. 1, e dell'art. 56, c. 1, Cost., e dell'art. 3 del Prot. add. alla Convenzione EDU, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848. Tuttavia, essa è stata considerata dalla Corte «priva di alcuna motivazione in punto di non manifesta infondatezza» e formulata in modo tale da «sollecitare una valutazione dai caratteri indistinti ed imprecisati, relativa nella sostanza all'intero sistema elettorale introdotto dalla legge n. 52 del 2015» (§12.2).

⁶⁹ Così N. ZANON, *Fare la legge elettorale “sous l'oeil des russes”*, cit. in *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza I del 2014 in materia elettorale*, cit., 128, il quale ritiene altresì che «ben difficilmente» la Corte «potrebbe accettare di giudicare non più, semplicemente, l'assenza di tale soglia, ma la sua adeguatezza quantitativa», data la difficoltà che «uno scarto di percentuali (dal 35 al 37 o al 40 per cento) possa meccanicamente riflettersi in termini di irragionevolezza più o meno manifesta della soluzione prescelta dal legislatore», dal momento che in questo caso sarebbe «forte il rischio d'invasione la sfera della discrezionalità legislativa, che la Corte stessa definisce ampia in materia elettorale».

⁷⁰ Va al proposito considerato che l'attribuzione di 340 seggi (ossia il 55% del totale di 618 seggi, cui si devono aggiungere i 12 seggi riservati alla Circostrizione estero) alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi, può comportare l'attribuzione in via automatica di un premio del 15% a fronte del conseguimento del 40% dei voti validi di lista. La percentuale di distorsione del voto espresso a favore della lista vincitrice risulta dunque pari a 1,375, dato che il 55% dei seggi viene attribuito a chi ha ottenuto il 40% dei voti (55%:40% = 1,375); là dove il voto “perdente”

alterazione della rappresentatività di un organo elettivo»), potrebbe creare un qualche margine di manovra per un abbassamento del livello della soglia premiale⁷¹. Mentre il fatto che nelle proprie argomentazioni la Corte abbia valutato positivamente il progressivo innalzamento della soglia dell'*Italicum* nel corso dei lavori parlamentari potrebbe far pensare che sia proprio lo stesso 40% a costituire, nel quadro di un tale sistema di elezione, quel livello minimo al di sotto del quale non è possibile portarsi. Anche se poi, per vero, è stato lo stesso giudice costituzionale ad apparire – sia pur “in controluce” – possibilista sul punto. Ed infatti, pur affermando l’estraneità «in linea di principio», al sindacato di legittimità costituzionale della valutazione sull’entità della soglia minima in concreto prescelta dal legislatore, all’atto, comunque, di mantenersi aperta la porta del controllo di proporzionalità sul punto, esso si è «riferito alle ipotesi in cui la previsione di una soglia irragionevolmente bassa di voti per l’attribuzione di un premio di maggioranza determini una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato rispetto al legittimo obiettivo di garantire la stabilità del governo del Paese e di favorire il processo decisionale», lasciando così intendere, ci pare, che sussista, per l’appunto, un qualche spazio per il legislatore in cui muoversi “al ribasso”, senza ancora attingersi alla soglia dell’“irragionevolezza”.

13. L’opzione bicamerale tra sfasature e possibili riallineamenti

Tra le “sfasature”, emerse all’indomani della “[Sentenza Italicum](#)”, tra i sistemi di elezione di Camera e Senato di cui si è riferito (sistema di votazione⁷², collegamenti tra liste, soglie di sbarramento...), tali da portare ad oggi ad una situazione che è parsa «ancor più difforme di quanto mai lo fosse stato in precedenza⁷³», il premio di maggioranza, di cui si è per l’innanzi discusso, è forse quella più in grado di disallineare gli esiti dell’elezione dei due rami del Parlamento⁷⁴.

risulta invece avere un coefficiente di sotto rappresentazione pari allo 0,75, dato che il restante 45% dei seggi viene distribuito a chi si è aggiudicato il restante 60% dei voti validi ($45\%:60\% = 0,75\%$).

Così, ad es., supponendo un totale di 30 milioni di voti validi, il 40% di voti raggiunti da una lista corrisponde a 12 milioni di voti. Per effetto del premio di maggioranza detta lista ha così diritto a 340 deputati cioè un deputato ogni 35.294 voti; il complesso delle forze di minoranza che hanno ottenuto 18 milioni di voti (e che avrebbe avuto diritto in assenza del premio di maggioranza a 371 deputati) con il premio di maggioranza ottiene nel complesso solo 278 voti, il che vuol dire che per eleggere un deputato occorrono 64.748 voti (praticamente un “costo” doppio, in termini di voti ottenuti, rispetto alla lista di maggioranza).

⁷¹ Se si guarda ai sondaggi odierni ci si avvede di come una soglia simile metterebbe a rischio tre forze politiche (SI, NCD e Fratelli d’Italia) più una serie di formazioni ancora “minori” sul piano elettorale, per un totale, potrebbe ipotizzarsi, di circa un 10% dei voti...che sul totale di 618 seggi comporterebbe una redistribuzione di all’incirca 62 seggi, i quali verrebbero ripartiti secondo le percentuali che si son dette tra forze di maggioranza e di minoranza: in concreto: 34 seggi andrebbero alle forze di maggioranza e 28 a quelle di minoranza): dal che alla suddetta percentuale del 55% si dovrebbe aggiungere un ulteriore 5% a beneficio delle forze di maggioranza ($34:612 = X:100$), ovvero un ammontare del premio al 60%. Ciò che, in termini di disproporzionalità, potrebbe consentire di mantenere un premio del 55% con una soglia al 37% (se $55:40=1,375$, allora $(55+5):40=1,5$; per cui, per l’appunto, si ha che $55:1,5=36,7$).

⁷² Ciò, specie in considerazione del richiamo del “TU Senato” all’art. 18-*bis* del “TU Camera”. Relativamente, quindi, alla questione dell’applicabilità al Senato delle disposizioni per la parità di genere previste dall’“*Italicum* corretto”, ci si limita a rilevare la praticabilità dell’estensione al sistema elettorale del Senato della disposizione dell’*Italicum* che prescrive, a pena di inammissibilità, che “nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore al 50% con arrotondamento all’unità superiore”, e che “nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali i candidati sono collocati in lista secondo un ordine alternato di genere” (art. 2, c. 10); mentre maggiori problemi potrebbero presentarsi con riguardo alla disposizione sul limite massimo del 60% di candidati capolista dello stesso sesso (art. 2, c. 10) e di quella sull’ordine alternato di genere nelle liste (art. 2, c. 10), dato che questi vincoli si riferiscono, rispettivamente ai “collegi di ciascuna circoscrizione”, ed a “liste nei collegi plurinominali”, e dunque a quel “formato circoscrizionale” che più distingue, anche sul piano operativo, i meccanismi di rappresentanza dei due rami del Parlamento.

⁷³ Cfr., sul punto, ad es., F. LANCHESTER, *La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in [Nomos](#), 1/2017, 1.

⁷⁴ Cfr., sul punto e *amplius* sulla [pronuncia](#), R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l’Italicum in sistema elettorale maggioritario “eventuale” ma lascia al legislatore l’onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in [Federalismi.it](#) del 9 febbraio 2017, spec. 12 e ss.; e C. ROSSANO, *Note su premio di maggioranza*

Un simile meccanismo, val la pena di rammentare, non è più presente al Senato, dove è stato eliminato nel quadro delle dichiarazioni di incostituzionalità della [sent. n. 1 del 2014](#), mentre è stato fatto salvo – ed è dunque a tutt’oggi vigente – alla Camera, sia pur solo con riguardo al primo ed unico turno di voto, dalla [sent. n. 35 del 2017](#). Per, il resto, i seggi sono attribuiti, rispettivamente, su base nazionale e regionale con il metodo proporzionale dei quozienti interi e dei più alti resti, e pertanto con una formula elettorale analoga, ispirata al criterio di riparto proporzionale.

Da ciò le incognite riguardanti la relativa resa, potendone derivare una rappresentanza dei due rami del Parlamento variamente composta. Ad un tale riguardo, al di là di ulteriori, possibili considerazioni (v., *infra*, il § 15) merita di essere subito chiarito che anche nell’ipotesi in cui dal voto coi suddetti sistemi di elezione (“*Consultellum*” ed “*Italicum corretto*”) dovessero derivare due Camere di diverso colore politico, una simile evenienza non contrasterebbe col quadro costituzionale⁷⁵ (è noto, del resto, come già in Assemblea costituente fosse ad un certo punto emersa, addirittura in senso diametralmente contrario, l’opportunità di scongiurare il comporsi di una seconda Camera mero “doppione⁷⁶” della prima)⁷⁷. E ciò è stato dalla Corte, a ben vedere, confermato nella “[Sentenza Italicum](#)”⁷⁸, con l’inammissibilità sia pur per motivi di tipo processuale, di quelle questioni con cui era stato lamentato il pregiudizio che proprio la diversità dei sistemi di elezione di Camera e di Senato avrebbe comportato⁷⁹, data la situazione “di palese ingovernabilità” a cui la coesistenza di due diverse maggioranze avrebbe condotto, a scapito del “corretto funzionamento della forma di governo parlamentare”⁸⁰.

Discorso diverso va fatto, invece, sul piano dell’opportunità politica, dato l’*impasse* che verosimilmente una tale situazione genererebbe, specie in considerazione della perdurante vigenza, nel nostro ordinamento, di una forma di governo a debole razionalizzazione. Là dove, del resto, dell’alta probabilità che ciò accada è data conferma dall’ormai avvenuta affermazione nel panorama italiano di una terza forza “di peso” e della correlativa metamorfosi dello scenario istituzionale in senso tripolare, per cui del sistema bicamerale rileva ora un’*inidoneità* ancora più, per così dire, “strutturale” a comporsi in modo omogeneo. Così che se qualche problema, sul punto, era già affiorato nel precedente quadro (tendenzialmente) bipolare, ad oggi le probabilità che le due Camere siano disallineate risultano (già di per sé) più elevate, essendo (ancora) più difficile che una stessa forza politica si affermi sia alla Camera, sia al Senato, riuscendo a prevalere, ora, in ambo le sedi, ed inoltre (non più su di un solo ma) su ben due *competitors*.

ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017, in [Rivista AIC](#), 1/2017, 1 e ss.

⁷⁵ Salvo forse la presenza di “incoerenze” tali da poter condurre a cortocircuiti istituzionali, non essendo tuttavia dato di riscontrare ipotesi del genere nella situazione in esame (cfr., al proposito, ad es., G.M. SALERNO, *Coerenza e differenziazione delle leggi elettorali: a proposito di alcune questioni di costituzionalità sollevate sull’ Italicum*, in [Federalismi.it](#), 2/2017, 1 e ss.; e G. SERGES, *Prime riflessioni sul futuro della legislazione elettorale (in attesa delle motivazioni della sentenza costituzionale)*, in [Nomos](#), 1/2017, 4 e 5.

⁷⁶ Secondo la nota espressione di L. PALADIN, nel *Manuale di Diritto costituzionale*, Padova, 1996, 285.

⁷⁷ Per cui nel senso della differenziazione si posero le norme relative al formato circoscrizionale, alla durata delle legislature, nonché all’età del corpo elettorale dell’uno e dell’altro ramo del Parlamento (cfr., sul punto, F. BAILO, *Capacità elettorale e Costituzione*, cit. 55 e ss.); mentre con l’ordine del giorno Nitti fu auspicata l’adozione di un sistema elettorale proporzionale per la Camera ed invece maggioritario per il Senato (v. [Atti Ass. cost., 7 ottobre 1947](#)). Anche se poi le cose avrebbero preso, all’evidenza, tutt’altra direzione, secondo quella dinamica evolutiva che avrebbe condotto a quella soluzione bicamerale paritaria e simmetrica che ha costituito e costituisce una delle questioni più controverse e dibattute in occasione delle varie proposte di riforma costituzionale.

⁷⁸ Cfr., ad es., in tal senso, M. OLIVETTI, *Italicum, Politica senza alibi. Regole del voto: parola alle Camere*, in [Avvenire.it](#), 2017, 3

⁷⁹ A motivo, segnatamente, della previsione di soglie di sbarramento differenti da parte dei sistemi elettorali tra i due rami del Parlamento e del differimento dell’applicabilità della normativa alla sola Camera dei deputati.

⁸⁰ Ci si riferisce, per la precisione, alle questioni di legittimità costituzionale con cui il [Tribunale ordinario di Messina](#) ha censurato, da un lato gli artt. 16, c. 1, lett. b), e 17 del “T.U. Senato”, relativi all’elezione del Senato, come novellati dall’art. 4, cc. 7 e 8, della legge n. 270 del 2005, per violazione degli artt. 1, 3, 48, 2° c., 49 e 51 Cost.; e, dall’altro lato, l’art. 2, c. 35, della legge n. 52 del 2015, per contrasto con gli artt. 1, 3, 48, 1° c., 49, 51, 1° c., e 56, 1° c., Cost.

Se poi, come si diceva, l'applicazione di due sistemi diversi per l'elezione dell'uno e dell'altro ramo del Parlamento tende ad ulteriormente aumentare le possibilità di discrasie, tuttavia, non vale il contrario⁸¹. Sebbene più probabile, non è detto, infatti, che in un quadro politico tripolare l'applicazione di due sistemi elettorali simili produca due Camere "allineate"⁸². Ma, per vero, la situazione attuale è ancora più critica...specie se si condivide l'idea dell'inidoneità di qualsivoglia sistema elettorale "non artificiale" (ovvero autenticamente rappresentativo), in situazioni del genere, a restituire una qualche maggioranza in Parlamento: nemmeno sistemi considerati selettivi⁸³ come il *plurality* inglese o il doppio turno "alla francese".

14. Segue. ...e gli "slittamenti"

In un tale contesto in cui le concrete modalità di uniformizzazione dei due sistemi risultano di stringente attualità, di un certo interesse può risultare financo quell'ulteriore meccanismo, salvato dalla Corte, dato dal cd. "slittamento" dei seggi tra una circoscrizione e l'altra⁸⁴. In applicazione dell'*Italicum*, infatti, può avvenire che, dopo aver applicato le clausole di sbarramento e la formula elettorale, all'atto di individuare la collocazione per così dire "territoriale" dei seggi, un seggio da attribuirsi in astratto (ovvero numericamente) ad una determinata circoscrizione debba invece essere assegnato (effettivamente) in un'altra. Ciò accade in quei casi in cui una qualche lista abbia esaurito, in una circoscrizione, il numero dei candidati potenzialmente eleggibili, per cui i seggi spettanti a quella medesima lista vengono trasferiti in un'altra circoscrizione in cui vi siano candidati "eccedentari", ingenerando, per l'appunto, un fenomeno di traslazione di seggi...finendosi così per contraddire, a ben vedere, la ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni effettuata *ex ante*, prima cioè dello svolgimento della consultazione elettorale (tenendosi presente, in particolare, l'elemento demografico). Ebbene, secondo la Corte una tale evenienza non recherebbe pregiudizio né al principio della responsabilità dell'eletto rispetto agli elettori che lo hanno votato in una data circoscrizione, dato che questo esigerebbe soltanto «che l'elezione dei deputati avvenga direttamente ad opera degli elettori, senza intermediazione alcuna», né tanto meno di quello della rappresentanza cd. territoriale, poiché le norme dell'*Italicum*, e, particolarmente, quelle introdotte al Senato «nel corso dei lavori preparatori della legge n. 52 del 2015» si sarebbero poste proprio l'obiettivo di consentire che le compensazioni avvenissero "all'interno di una medesima circoscrizione, anche a costo di danneggiare la lista eccedentaria, la quale sarebbe potuta risultare privata del seggio non nella circoscrizione dove ha preso meno voti, ma in quella in cui ne ha ottenuti di più".

Insomma, le ampie cautele, proprio allo scopo di evitare la traslazione, sono parse, nell'occasione, sufficienti a motivare una dichiarazione di infondatezza della questione. Per quanto qui, poi, maggiormente rileva, è la particolare caratteristica della "base regionale" del Senato (*ex art. 57 Cost.*) a rendere difficile, ci pare, nella prospettiva dell'armonizzazione dei due sistemi, l'estensione di un tale meccanismo dell'*Italicum* anche a questo ramo del Parlamento. Tuttavia, anche se improbabile, l'ipotesi della predisposizione di un qualche sistema di elezione del Senato in cui possa rilevare il

⁸¹ Come sarebbe, per l'appunto se si applicasse l'*"Italicum"* corretto, a "trazione maggioritaria", per la Camera dei deputati ed il "*Consultellum*", d'indole, invece, più "proporzionale", sia pur col sistema di soglie di cui si è riferito (*supra*, al §9)

⁸² Ciò, a tacer d'altro, per la semplice ragione per cui i sistemi di elezione si applicano in riferimento a ciascuna Camera e non con riguardo al Parlamento complessivamente considerato.

⁸³ Che pure, come puntualmente osservato, anche in qualche loro elemento potrebbero essere "recuperati", dal momento che «la Corte costituzionale su questo aspetto non si è espressa» (così G. AMATO, *Amato: una legge elettorale con elementi maggioritari*, in *La Stampa* del 10 marzo 2017, 5).

⁸⁴ Per la precisione, il [Tribunale di Messina](#) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale censurando, per asserita violazione dell'art. 56 Cost., l'art. 1, c. 1, lett. a), d) ed e), della legge n. 52 del 2015, e gli artt. 83, cc. 1, 2, 3, 4 e 5, e 84, cc. 2 e 4, "T.U. Camera", questi ultimi come sostituiti dall'art. 2, cc. 25 e 26, della medesima legge n. 52 del 2015.

ridetto “effetto slittamento” non può dirsi del tutto esclusa (ad es., se dovesse essere prevista una riallocazione o un recupero di seggi, magari di natura premiale, su base nazionale)⁸⁵.

Va peraltro notato che nel rifarsi alla «necessità di interpretare il disposto di cui all’art. 56, quarto comma, Cost. in modo non isolato, ma in sistematica lettura con i principi desumibili dagli artt. 67 e 48 Cost.» la Consulta non sia sembrata pregiudizialmente ostile ad una simile ipotesi, reputando il controverso sistema di elezione dei membri italiani del Parlamento europeo – che presenta un formato circoscrizionale simile sebbene “su più ampia scala” a quello del Senato e rende possibile lo slittamento dei seggi – un «esito», espressione «del bilanciamento fra principi ed esigenze diversi, non sempre tra loro perfettamente armonizzabili» (§ 10.2.).

Anche se poi, nei successivi passaggi argomentativi, la stessa è parsa sbarrare la strada all’idea di possibili slittamenti di seggi tra una regione e l’altra per l’elezione del Senato, dato che, a differenza della Camera dei deputati le norme costituzionali richiederebbero qui, quale soluzione costituzionalmente obbligata in quanto preordinata a garantire la rappresentanza dei territori (regionali) di per sé considerati, un’assegnazione di seggi interamente conclusa all’interno delle singole circoscrizioni (regionali). Per cui in questo senso, sempre a volerne seguire il ragionamento, per il Senato ci si potrebbe e dovrebbe affidare solo ed esclusivamente a sistemi elettorali ad es., interamente fondati su collegi uninominali a turno unico, oppure a sistemi proporzionali con riparto dei seggi solo a livello circoscrizionale, senza alcun recupero dei resti a livello nazionale.

15. Alcune considerazioni conclusive

Conclusivamente, la Consulta, nella “[Sentenza Italicum](#)” ha lasciato intendere varie cose (ad es., sul ballottaggio, sulla soglia di sbarramento e più ampiamente sui sistemi di elezione, anche nel più ampio quadro della forma di governo...) e non ne ha considerate altre (spec. affermandone l’inammissibilità o stando attenta a ricondurne la considerazione nell’ambito della sfera riservata al legislatore⁸⁶). Soprattutto, ha chiarito alcuni punti essenziali (dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’“opzione” personalistica dei candidati “blindati” e del combinato “ballottaggio e premio di maggioranza”).

Alcune altre affermazioni, poi, paiono dettate dalla consapevolezza della situazione particolarmente delicata in cui versa attualmente il nostro ordinamento sul piano politico-istituzionale. In particolare, ci sembra che possa guardarsi in quest’ultima prospettiva alla chiusa finale della [pronuncia](#), in cui, nel prendersi atto del fatto che a seguito dell’«esito del *referendum ex art. 138 Cost. del 4 dicembre 2016*» si è avuta la conferma di «un assetto costituzionale basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive», si conclude che pur non imponendo, la Carta, al legislatore «di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici», tuttavia la stessa «esige» che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non devono ostacolare [*rectius*: non ostacolino] all’esito delle elezioni, «la formazione di maggioranze parlamentari omogenee» (§ 15.2.).

⁸⁵ Per la cui ammissibilità si veda, ad es., M. D’AMICO, *Audizione resa il 3 marzo 2017 nell’ambito di una indagine conoscitiva innanzi alla Commissione I della Camera dei Deputati*, in [Rivista AIC](#), 1/2017, 7, la quale ritiene che alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale «non solo non possa più dubitarsi, non solo della compatibilità a Costituzione di un unico premio di maggioranza su scala nazionale anche per il Senato», ma che sarebbe illegittimo «un sistema che, come era nella legge n. 270 del 2005, preveda tanti premi di maggioranza quante sono le Regioni, sulla base di una presunta – ma eccessivamente rigida – interpretazione di quell’inciso in forza del quale il Senato è eletto, appunto, “su base regionale”».

⁸⁶ Al proposito, si è contato il ripetersi di ben 24 volte della parola «discrezionalità» nella “[Sentenza Italicum](#)”, ricavando di «questo riconoscimento quasi ostinato» due letture opposte: nel senso, a seconda dei casi o di «una forma di rispetto al Parlamento», o, piuttosto, di «una forma di pungolo-rimprovero per l’inerzia parlamentare sul punto» (così A. CELOTTO, *La legge elettorale: quali prospettive?* In [Rivista AIC](#), 1/2017, 2; cfr., inoltre, sul punto, R. BIN, *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in [laCostituzione.info](#), 2).

Per vero, i primi segnali provenienti dal mondo politico non sono stati del tutto confortanti, emergendone ancora una volta la difficoltà a trovare la quadra sin già con riguardo al “verso” di un possibile allineamento tra i due sistemi di elezione: se, cioè, privilegiandosi le caratteristiche di quello del Senato, o di quello della Camera...ma anche, in una diversa prospettiva ancora, nella direzione della reintroduzione di sistemi elettorali già sperimentati, piuttosto che nuovi di zecca...⁸⁷. Sicché si tratterà di vedere a quali di queste soluzioni ci si affiderà...sempre, s’intende, che alla fine non prevalgano i veti incrociati, per cui alle prossime elezioni politiche saremo chiamati a votare col combinato “*Consultellum-Italicum* corretto”⁸⁸. Soluzione, peraltro, questa, val la pena di precisarsi, che pur presentandosi nei suoi elementi portanti come “autoapplicativa”, richiederà, comunque, qualora dovesse essere effettivamente percorsa, un qualche intervento in sede attuativa (come consentire, solo per fare un esempio, all’elettore, di esprimere, all’atto pratico, “una preferenza per i candidati” senatori?)

Ma le cose si complicano ulteriormente se si considera che, a voler dare una lettura rigorosa della “*Sentenza Italicum*” i sistemi di elezione dovranno dimostrarsi in grado non solo di «favorire», ma altresì di «garantire» la rappresentatività dei due rami del Parlamento (cfr., *supra*, ai §§ 9 ss.), con le ricadute che potranno derivarne sul versante della cd. “governabilità”. Ad un tale riguardo, affievolitasi, può pensarsi, almeno nel breve periodo, la prospettiva di riforme costituzionali di ampia portata, è ora improrogabilmente su interventi più puntuali – ma non per questo necessariamente meno efficaci – che si dovrebbe forse puntare, nell’ottica dunque di finalmente trasbordare verso una forma di governo adeguatamente “razionalizzata”...e questo alla ricerca proprio di quell’equilibrio, indicato dalla Corte, tra le ragioni della “rappresentanza” e quelle della “governabilità” (intesa in termini di efficienza ed ora anche di stabilità e rapidità del processo decisionale e, più in generale, dell’azione di governo), nonché nel più ampio quadro dell’indirizzo politico dello stesso Esecutivo.

In questo quadro, l’auspicio è che anche la consapevolezza dei «gravi rischi di legittimazione che stanno correndo ora le nostre istituzioni rappresentative»⁸⁹ e, con essa, più in generale, la convenienza comune al reperimento di soluzioni adeguate e condivise, possa condurre a superare quella situazione di perdurante conflittualità che ormai da decenni lacera le nostre Istituzioni, impedendo tra l’altro, proprio di compiere quel “salto di qualità” sul piano istituzionale da tanto e da tanti atteso...Peraltro, il processo riformatore potrebbe risultare anche piuttosto spedito, essendo stata ormai la materia ampiamente istruita ed avendo trovato spazio talune soluzioni financo a livello territoriale⁹⁰. Aggiungasi che la stessa campagna referendaria per il voto del 4 dicembre 2016, al di là dell’esito, ha fatto emergere un certo consenso sull’opportunità di apportare alcuni aggiornamenti al dettato costituzionale⁹¹. E particolarmente, tra questi, la previsione, nel quadro del summenzionato “bicameralismo paritario”, di un rapporto fiduciario monocamerale, proprio fine di mettere in sicurezza (almeno in parte) il sistema dai rischi di instabilità di cui si è ragionato (senza che ciò debba

⁸⁷ Cfr., sul punto, ad es. A. MORRONE, *Audizione alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati in materia di riforma elettorale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, spec. 5 e ss. e A. CELOTTO, *La legge elettorale: quali prospettive?* cit., 1.

⁸⁸ V., per una rassegna delle “*proposte di legge di modifica del sistema elettorale*” aggiornata al 14 marzo 2017, il [Dossier n. 530](#) curato dal Servizio studi della Camera dei deputati.

⁸⁹ Cfr. per simili considerazioni, M. LUCIANI, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 12.

⁹⁰ Si pensa, in particolare e da ultimo, oltre alla proposta di riforma “Renzi-Boschi” (v.la, *supra*, alla nota 9) alla [relazione finale](#) del “Gruppo sulle riforme istituzionali” istituito il 12 aprile 2013 dall’allora Presidente Napolitano, ed a [quella](#) della Commissione “per le riforme istituzionali” (cd. “Commissione dei saggi”), istituita l’11 giugno 2013, all’indomani della nascita del cd. “governo di larghe intese” capeggiato da Enrico Letta, con l’obbiettivo «di offrire utili elementi conoscitivi e di riflessione per il Governo e per il Parlamento [...] e per la stessa opinione pubblica che ha il diritto di conoscere le questioni discusse e le proposte presentate».

⁹¹ Al di là dello smantellamento del CNEL, si pensa, ad es., alla possibilità di fornire di copertura costituzionale taluni esiti già conseguiti per la via della legislazione ordinaria e della prassi costituzionale (v., ad es., i limiti alla decretazione d’urgenza, il rinvio presidenziale delle leggi) o affiorati nella giurisprudenza della Consulta (v. l’affievolimento della potestà legislativa concorrente, ma anche lo stesso sindacato di legittimità costituzionale delle leggi elettorali politiche, nel quadro, magari, di un più ampio ripensamento dell’istituto della “verifica dei poteri

necessariamente compromettere una legittimazione diretta ed a suffragio universale della seconda Camera, essendosi trattato, si ricorderà, di uno dei profili più controversi della ridetta riforma costituzionale “Renzi-Boschi”).

Ma a monte di tutto ciò, il punto debole della situazione che speriamo si possa superare, continua ad essere data dalla mancanza di interventi in grado quanto meno di tutelare le delicate funzioni *in chiave democratica* di cui le formazioni partitiche (in senso ampio considerate) continuano a risultare assegnatarie e che dalla “[Sentenza Italicum](#)” risultano “rilanciate” (v., *supra*, il § 5). Là dove le suddette previsioni delle “candidature multiple” e del “premio di maggioranza”, a seconda di come si metteranno le cose, potranno agire nella direzione di rinforzare le stesse formazioni politiche (secondo dinamiche tali da farne emergere la volontà per così dire “collegiale”) o, invece, il *leader* di partito (da cui solo, infatti, potrebbe dipendere, nella sostanza, la scelta delle candidature in Parlamento e dei membri del Governo). Col che si rende lecito pensare che molti degli esiti (anche) della vicenda attuale potranno continuare a dipendere proprio dalle dinamiche partitiche ... con tutte le incognite che una tale situazione comporterà.

Alfonso Celotto

**La Cassazione inopinatamente non applica il taglia-leggi
(in margine a [sent. n. 7976 del 2016](#))**

1. Il c.d. taglia-leggi è stato il più significativo intervento degli ultimi anni per cercare di sfoltire l'eccessivo numero di atti normativi che ingolfa l'ordinamento giuridico italiano. L'art. 14 della legge 28 novembre 2005 n. 246 (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005) ha previsto un articolato procedimento per ritenere abrogate tutti gli atti legislativi anteriori al 1970, salvo quelle espressamente confermate in vigore con apposito decreto legislativo, oltre ai c.d. settori esclusi.

Così, dopo una relazione al Parlamento sulle disposizioni vigenti, è stato predisposto il d.lgs. n. 179 del 2009 per individuare "le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1 gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore". Si tratta di un elenco di 2375 atti legislativi di cui è stata confermata la vigenza: un elenco redatto con grande attenzione sulla base di una articolata istruttoria dei vari Ministeri, in maniera da individuare non solo atti legislativi interi, ma spesso anche singoli articoli di cui era necessaria la permanenza in vigore. Dopo un anno, tale elenco è stato rettificato, con un decreto legislativo correttivo, che ha aggiunto, cancellato o sostituito decine di voci (d.lgs. n. 213 del 2010).

Si deve pertanto ritenere che, dal 15 dicembre 2009, le leggi precedenti al 1° gennaio 1970 siano ancora da considerare in vigore soltanto se contenute nell'elenco di cui al d.lgs. n. 179 del 2009 (comunemente detto "salva-leggi") oppure se riconducibili a uno dei "settori esclusi" di cui al comma 17 dell'art. 14 L. n. 246 del 2005¹

2. Fra i più recenti casi applicativi del taglia-leggi va segnalata la [sent. n. 7976 del 2016](#), in cui la Corte di cassazione ritiene la ricomprensione dell'art. 8 della legge n. 991 del 1952 nell'elenco del salva-leggi "*tamquam non esset, frutto di un lapsus calami*".

Si tratta di un caso paradossale di non applicazione del salva-leggi che merita approfondimento.

La questione riguarda le agevolazioni e i benefici contributivi previsti per le imprese e i datori di lavoro aventi sede ed operanti nei comuni montani. In particolare la Corte d'Appello di Firenze aveva affermato il diritto a ripetere, nei confronti di INPS, le somme versate a titolo di contributi, per la quota parte datoriale in relazione al proprio personale operaio dipendente, in ragione dell'esenzione totale della legge n. 991 del 1952, ex art. 8, secondo il quale l'esenzione dei contributi unificati in agricoltura andava estesa ai territori montani. La decisione si fondava sulla esplicita ricomprensione di tale articolo nell'elenco del salva-leggi.

La Cassazione ribalta invece questa impostazione, ritenendo che tale disposizione non poteva essere ricompresa nel salva-leggi in quanto già implicitamente abrogata.

Dopo aver lungamente argomentato sulla abrogazione implicita dell'art. 8 e aver ricordato il valore meramente ricognitivo del salva-leggi, la Cassazione nella parte essenziale della motivazione rileva:

"Dalla descritta evoluzione normativa si desume che la legge n. 991 del 1952, art. 8, non può che rientrare tra le disposizioni tacitamente o implicitamente abrogate ovvero tra le disposizioni che, al

¹ Si tratta per la precisione di:

a) le disposizioni contenute nel codice civile, nel codice penale, nel codice di procedura civile, nel codice di procedura penale, nel codice della navigazione, comprese le disposizioni preliminari e di attuazione, e in ogni altro testo normativo che rechi nell'epigrafe la denominazione codice ovvero testo unico;

b) le disposizioni che disciplinano l'ordinamento degli organi costituzionali e degli organi aventi rilevanza costituzionale, nonché le disposizioni relative all'ordinamento delle magistrature e dell'Avvocatura dello Stato e al riparto della giurisdizione;

c) le disposizioni tributarie e di bilancio e quelle concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco;

d) le disposizioni che costituiscono adempimenti imposti dalla normativa comunitaria e quelle occorrenti per la ratifica e l'esecuzione di trattati internazionali;

e) le disposizioni in materia previdenziale e assistenziale.

momento dell'emanazione del d.lgs. n. 179 del 2009, avevano esaurito la loro funzione o erano comunque obsolete, sicché non potendo esso essere incluso, in base alla legge di delega; fra le norme ‘salvate’, la relativa ricomprensione al suddetto fine nell'Allegato 1 - voce - n. 1266 tra le disposizioni, specificamente indicate, della L. n. 991 del 1952 si deve considerare *tamquam non esset*, frutto di un *lapsus calami*, sulla base di una interpretazione rispettosa dell'art. 15 preleggi e costituzionalmente orientata, nel senso della coerenza e ragionevolezza dell'ordinamento (art. 3 Cost.), del rispetto dei principi e criteri direttivi della legge di delega (art. 76 Cost.), alla luce anche dell'art. 44 Cost., comma 2”.

3. A ben vedere si tratta di una disattenzione clamorosa sulla esatta operatività del taglia-leggi.

Non vogliamo certo dilungarci a valutare se effettivamente l'art. 8 della legge n. 991 del 1952 fosse stato tacitamente abrogato o meno. Perché non è questo il punto rilevante.

Il punto centrale riguarda la portata e la operatività del salva-leggi. Secondo la Cassazione una disposizione eventualmente già abrogata tacitamente non poteva essere ricompresa nell'elenco del salva-leggi. E quindi la sua inclusione in elenco è da ritenere “*tamquam non esset*” e “*lapsus calami*”.

Questa lettura contrasta con la esatta identificazione della operatività del “taglia-leggi” sia con il generale canone di soggezione del giudice alla legge.

Dal primo punto di vista va considerato che è sicuramente vero che l'elenco di cui al d.lgs. n. 179 del 2009 ha valore ricognitivo, nel senso che non opera una novazione delle fonti di cui si ribadisce la permanenza in vigore, ma le conferma in vigore con la loro propria forza e la propria valenza diacronica originarie. Del resto non sarebbe potuto non essere così, in quanto la novazione contestuale di oltre 2000 atti normativi avrebbe azzerato la loro originaria cronologia. Lo ha detto anche la Corte costituzionale² e lo ribadisce anche qui la Cassazione.

Ma al di là della natura ricognitiva, l'inclusione nell'elenco ha di per sé forza di legge e quindi comporta la piena conferma in vigore delle disposizioni. E come tale il giudice non può che applicarla.

Del resto si tratta di un lavoro di individuazione delle singole leggi confermate in vigore preciso e accurato come dimostra il fatto che non tutte le leggi sono confermate per intero, ma spesso solo in alcuni articoli. Come è il caso proprio della legge n. 991 del 1952 che viene confermato in vigore, alla voce n. 1266 dell'allegato, solo per gli “artt. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 co. 1, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38”. Tale accuratezza viene anche confermata dal fatto che il legislatore delegato è intervenuto successivamente con un decreto legislativo correttivo per integrare e modificare l'elenco (d.lgs. n. 213 del 2010).

Non si può quindi ritenere che l'inclusione negli elenchi del d.lgs. n. 179 sia del tutto casuale e come tale non applicabile dal giudice. Qui entra in rilievo il secondo profilo di perplessità della sentenza che si annota.

Come ben sappiamo, anche ai sensi dell'art. 101 Cost., il giudice è soggetto alla legge: per cui deve applicare la legge, salvo che non ritenga sia in dubbio di legittimità costituzionale. Nel qual caso, come ben noto, non può certo disapplicarla, ma soltanto sollevare questione alla Corte costituzionale.

Ecco allora che rispetto all'elenco del salva-leggi, la Cassazione a fronte del dubbio sulla esatta inclusione della legge n. 991 del 1952 non avrebbe dovuto certo disapplicarla, ma al più sollevare questione di legittimità costituzionale.

4. Che sia la Corte costituzionale l'unico giudice competente a valutare l'esatta inclusione delle leggi nell'elenco del “salva-leggi” ce lo confermano almeno due precedenti in cui i dubbi sulla corretta inclusione di leggi nell'elenco sono stati sottoposti allo scrutinio del giudice costituzionale.

² V. già la [sent. n. 346 del 2010](#), nel senso che il decreto legislativo “salva-leggi” appare “sprovvisto di una propria e autonoma forza precettiva o, se si preferisce, di quel carattere innovativo che si suole considerare proprio degli atti normativi: non è dubbio, infatti, che, nell'individuare le disposizioni da mantenere in vigore, esso non ridetermini né in alcun modo corregga le relative discipline, limitandosi a confermare, peraltro indirettamente – attraverso, cioè, la mera individuazione di atti da “salvare”–, la persistente e immutata loro efficacia”.

Già nel caso della [sent. n. 346 del 2010](#), la Consulta ha esaminato il ricorso in via principale della Provincia autonoma di Bolzano, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, del decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 179, “limitatamente alla parte in cui mantiene in vigore il regio decreto 29 marzo 1923, n. 800 (allegato 2, n. 190), convertito in legge 17 aprile 1925, n. 473 (allegato 1, n. 182)”.

Ma ancora più significativo, per il caso qui in esame, è la vicenda della [sent. n. 5 del 2014](#).

Il Tribunale di Verona e il GIP di Treviso avevano sollevato, in riferimento agli artt. 76, 18 e 25, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto legislativo 13 dicembre 2010, n. 213, nella parte in cui modifica il decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 179, espungendo dalle norme mantenute in vigore il decreto legislativo 14 febbraio 1948, n. 43. E correttamente, la Corte costituzionale ha valutato la compatibilità con l'impianto della delega legislativa di tale espunzione dall'elenco, dichiarandola costituzionalmente illegittima.

Perché, allora, la Cassazione dubitando del corretto inserimento dell'art. 8 della legge n. 991 del 1952 nell'elenco di cui al d.lgs. n. 179 del 2011 non ha sollevato questione di legittimità costituzionale?

Luca Grimaldi*

Quali spazi per la legislazione regionale nella disciplina degli interventi di “manutenzione” degli immobili? (a margine di Corte cost. [sent. n. 231/16](#))

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale torna ad occuparsi della delimitazione “in verticale” ed “in orizzontale” della materia governo del territorio in ordine alla disciplina di talune attività edilizie e del relativo regime dei titoli abilitativi. – 2. Il rapporto tra livelli di legislazione, aventi ad oggetto l’attività edilizia, nella [sentenza n. 231 del 2016](#). – 3. L’inquadramento giurisprudenziale degli interventi sugli immobili (e, segnatamente, delle attività di “edilizia libera”) alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni. – 4. Gli spazi “lasciati” alla legislazione regionale alla luce della definizione dei “principi fondamentali” della materia governo del territorio, del(l’ambiguo) potere delle Regioni di derogare a talune previsioni statali e del vincolo di ragionevolezza a cui è sottoposto l’esercizio di siffatto potere. – 5. Alcune brevi considerazioni finali.

1. La Corte costituzionale torna ad occuparsi della delimitazione “in verticale” ed “in orizzontale” della materia governo del territorio in ordine alla disciplina di talune attività edilizie e del relativo regime dei titoli abilitativi

L’esercizio delle competenze legislative regionali nella materia “urbanistica”, volendo utilizzare l’etichetta prevista dall’originaria formulazione dell’art. 117 Cost., poi divenuta parte, dopo la riforma costituzionale del 2001, di quella, più ampia, denominata “governo del territorio”¹ e ricondotta, nel testo costituzionale vigente (come in quello originario, ma in diverso contesto), alla potestà legislativa concorrente delle Regioni a statuto ordinario (art. 117, c. 3 Cost.), continua a sollevare non pochi problemi in ordine, per così dire, alla “spettanza”, o al “regime”, degli interventi di manutenzione degli immobili e dei relativi *standard* urbanistici.

Si tratta della disciplina di talune particolari fattispecie di opere edilizie che coinvolge sia rapporti ed interessi pubblici concernenti, principalmente, il diritto di proprietà ed i connessi rapporti interprivati, perlopiù oggetto della legislazione di potestà esclusiva statale (soprattutto per la “materia” *ordinamento civile*), sia rapporti tra competenze e tra interessi “ripartiti” tra Stato e Regioni, concernenti, tra l’altro, la pianificazione urbanistica, l’igiene, la sicurezza, il decoro e lo sviluppo della collettività², considerati, essenzialmente, in diretta connessione con l’utilizzo del territorio su cui la collettività stessa è insediata.

La perdurante problematicità della individuazione e delimitazione della materia “governo del territorio”, nella parte in cui riguarda specificamente l’attività edilizia ed i sottostanti interessi pubblici dislocati ai vari livelli di governo, ha avuto, tra l’altro, un significativo punto di emersione in una ricca ed articolata giurisprudenza costituzionale volta ad individuare coerenti delimitazioni e

* *Ricercatore in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l’Università degli studi di Bari.*

¹E’ pressoché unanimemente condivisa, infatti, l’impostazione secondo cui l’“urbanistica” (e, conseguentemente, l’attività edilizia in particolare) sia ricompresa nella (più che coincidente con la) materia “governo del territorio”, esplicitamente menzionata dal terzo comma dell’art. 117 Cost. tra le materie di potestà concorrente. Ciò appare supportato sia dall’elaborazione dottrinale (v., in particolare, S. AMOROSINO, *Il «governo del territorio» tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. dell’edilizia*, 2003, 77 ss.), sia dalla costante giurisprudenza della Corte, che ha, infatti, espressamente escluso che vi sia una materia «edilizia» da ricomprendere tra le materie “innominate” di competenza legislativa residuale delle Regioni, puntualizzando, altresì, che la stessa «appartiene storicamente all’urbanistica che, in base all’art. 117, Cost., nel testo previgente, formava oggetto di competenza concorrente» (così nella nota [sent. n. 303/03](#), ma anche nelle successive [sentt. n. 362/03](#) e [196/04](#)).

²Al di là dei molteplici ed articolati interessi generali connessi ad una corretta ed armonica “urbanizzazione” del territorio, se facciamo specifico riferimento, ad esempio, agli interventi sugli immobili ed alla definizione delle distanze tra edifici, come nel caso in esame, è sufficiente considerare i rischi connessi sia ad uno sviluppo urbano non ben regolato e non strettamente funzionale alle articolate esigenze dell’intera collettività, sia alla possibile creazione di spazi ed intercedini tra edifici dannosi tanto sotto il profilo igienico-sanitario, quanto sotto quello della sicurezza.

(riprendendo un'espressione utilizzata dallo stesso Giudice delle leggi) necessari "punti di equilibrio"³ in ordine alle inevitabili interferenze tra livelli ed ambiti di normazione idonei ad incidere, a vario titolo, sulla materia *de qua*.

Gli sviluppi di siffatta giurisprudenza, in particolare, stratificatisi dopo la riforma del Titolo V del 2001, si sono rivelati, peraltro, non sempre lineari, ancorché non privi di alcuni "ancoraggi" di fondo messi a fuoco e, in qualche modo, rafforzati, nel corso degli anni, dallo stesso Giudice delle leggi (soprattutto a partire dalla [sent. n. 232/05](#)), risultando, in ogni caso, insufficienti per offrire un quadro del tutto chiaro, coerente e stabile dei rapporti tra Stato ed autonomie nella materia in questione, così come messo in luce da autorevole dottrina⁴.

L'intreccio dei molteplici (e, per molti versi, eterogenei) interessi pubblici (più o meno sempre sottesi alla delimitazione degli ambiti materiali ed alla distribuzione di quelli "grigi" o di confine) coinvolti dalla disciplina dell'attività edilizia ha finito col far emergere, in altri termini, non solo complesse e perduranti problematiche di natura tecnico-amministrativa, oltre che economico-sociale (inevitabilmente destinate, di per sé, a rendere tutt'altro che agevole e "piana" la disciplina stessa), ma anche potenziali interferenze (più o meno coerenti con l'assetto costituzionale vigente) e vere e proprie criticità in ordine all'esercizio delle rispettive competenze legislative da parte dello Stato e delle Regioni, sia in senso "verticale", tra norme (statali) "di principio" e norme (regionali) "di dettaglio" nella disciplina del *governo del territorio*, che in senso "orizzontale", tra i profili di disciplina ascritti alla predetta materia e quelli ricondotti, innanzitutto (ma non solo)⁵, alla materia di potestà legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. l Cost., riguardante l'*ordinamento civile*.

Ed è proprio la problematica definizione ("in orizzontale" ed "in verticale") degli spazi di legislazione regionale, specificamente rivolti a consentire una disciplina delle attività edilizie costituzionalmente coerente, ovvero idonea a garantire una adeguata estensione dell'ambito della materia *de qua* (dalle "erosioni" e dalle "interferenze" da parte di materie che ne intersecano l'oggetto e/o gli interessi sottostanti), nonché una "corretta" articolazione "in verticale" della disciplina stessa (in modo che questa non sia, fondamentalmente, "appiattita" *a fortiori* sulla legislazione statale "di principio"), a giustificare la perdurante esigenza di cercare di "razionalizzare" e "stabilizzare" i rapporti tra ambiti e tra livelli di normazione per mezzo delle decisioni e, più in generale, dell'attività interpretatrice della Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, ha dovuto assumere, in sostanza, il compito di definire in concreto (e, per certi versi, *in progress*) il riparto di competenze tra Stato e Regioni, il quale, su tali presupposti, non sempre ha potuto trovare delimitazioni e "stabilizzazioni" chiare e risolutive, finendo con l'espore gli spazi di normazione regionale a nuove (e sempre possibili) ulteriori limitazioni, ora in ragione di preminenti interessi statali (capaci di dispiegarsi sia "in orizzontale", in quanto ricondotti a differenti ambiti materiali idonei ad attrarne la disciplina, sia "in verticale", sotto forma di "interessi unitari"), ora a causa di una espansione della legislazione "di principio".

³ Così, da ultimo, nella [sentenza in commento](#).

⁴ V., in tal senso, M. LUCIANI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica e edilizia*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2009, 15 ss.

⁵ E' sufficiente "scorrere" la stessa giurisprudenza costituzionale (che non è possibile richiamare in questa sede per quanto essa risulta vasta ed articolata) per constatare l'emersione delle inevitabili "interferenze" tra la disciplina in materia di "governo del territorio" e quella oggetto di competenze esclusive statali (anche ulteriori rispetto a quella in materia di "ordinamento civile") quali quelle in materia di "tutela dell'ambiente" o di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (v., da ultimo, la recente sentenza [n. 272/16](#), avente ad oggetto sempre la legge della Regione Liguria n. 12/15, impugnata sotto ulteriori profili rispetto a quelli della pronuncia in commento), così come, d'altro canto, è stato prefigurato in dottrina già all'indomani della riforma costituzionale del 2001 (v., tra gli altri, P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2002; V. CERULLI IRELLI, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Atti del VI Convegno Nazionale AIDU, Pescara 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, 499 ss.; S. FOÀ, *La disciplina urbanistica tra ambiente e territorio nella recente riforma costituzionale*, in G. COFRANCESCO (a cura di), *Diritto urbanistico. Tra ambiente ed usi del territorio*, Roma, 2002, 373 ss.).

2. Il rapporto tra livelli di legislazione, aventi ad oggetto l'attività edilizia, nella [sentenza n. 231 del 2016](#)

In occasione della recente [pronuncia n. 231/16](#)⁶, cui sono dedicate le presenti riflessioni, il Giudice delle leggi è stato chiamato a giudicare, in via d'azione, talune disposizioni della legge della Regione Liguria 7 aprile 2015, n. 12⁷, aventi ad oggetto, tra l'altro⁸, due "ambiti"⁹ di disciplina dell'attività edilizia ricondotti entrambi (nella prospettiva offerta dalle scelte operate dal legislatore regionale) al "governo del territorio" e concernenti, in particolare, delle peculiari fattispecie di intervento sugli edifici urbani esistenti, da un lato, ed il regime delle distanze minime tra i fabbricati (da applicare in taluni casi di trasformazione edilizia), dall'altro.

Tali previsioni, così come si avrà presto modo di constatare, hanno riproposto, ancora una volta, delle problematiche che, in linea di principio, si prestavano a sembrare già risolte e/o superate da una giurisprudenza per molti versi consolidata (anche se non sempre del tutto convincente soprattutto in ordine all'inquadramento dei rapporti tra fonti statali e regionali¹⁰), ma che, in realtà, hanno fatto emergere taluni perduranti (e, forse, anche nuovi) elementi di incertezza e di attrito tra livelli e/o ambiti di disciplina del settore urbanistico-edilizio, evidentemente, invece, tutt'altro che risolti, anche alla luce della declaratoria di incostituzionalità cui è pervenuta la Consulta, per l'appunto, con la [sent. n. 231/16](#).

Tutto ciò sembra assumere, in particolare, uno specifico e rinnovato interesse soprattutto nella misura in cui la decisione in questione potrebbe aver fatto emergere nuovi profili problematici (oltre a riproporre vecchi motivi di "attrito") nei rapporti tra livelli di normazione aventi ad oggetto l'attività edilizia, anche in relazione al "processo di metabolizzazione" di siffatti rapporti (così come "messi a fuoco" nel diritto vivente da una giurisprudenza ormai ricca ed articolata), innanzitutto, da parte del legislatore regionale, il quale, in particolare, potrebbe non avere ancora maturato un quadro del tutto chiaro delle "delimitazioni" e dei "punti di equilibrio" messi a punto dalla giurisprudenza (con la conseguenza di poter produrre nuove norme che finirebbero, poi, con l'essere giudicate costituzionalmente illegittime), o potrebbe anche non ritenere del tutto definiti e "chiusi" gli spazi di normazione regionale in materia, sotto i profili specificamente considerati in

⁶ La [sentenza](#) in questione, decisa il 20 settembre 2016, è stata originata da un ricorso in via principale con cui il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato alcune disposizioni della legge della Regione Liguria 7 aprile 2015, n. 12 ("*Disposizioni di adeguamento della normativa regionale*") aventi ad oggetto, principalmente, la disciplina di talune fattispecie di intervento sugli immobili e del connesso regime dei titoli abilitativi necessari (così come innovata dall'art. 6, c. 3 e 8), da un lato, e la disciplina relativa al recupero dei sottotetti (di cui all'art. 6, c. 6), dall'altro.

⁷ La legge della Regione Liguria n. 12/15 ha modificato, tra l'altro, la disciplina regionale in materia "edilizia" contenuta nella legge regionale n. 16/08, introducendo numerose e puntuali previsioni inerenti molteplici ambiti dell'attività edilizia riguardanti delle specifiche fattispecie di trasformazione e di incremento del patrimonio edilizio ed urbano sul territorio regionale.

⁸ La legge regionale in questione, al di là delle censure esplicitamente prese in considerazione in questa sede, è stata impugnata in più parti e sotto molteplici profili, i quali, pur essendo incorsi, nella maggior parte dei casi, in una declaratoria di incostituzionalità, saranno tralasciati in questa sede nella misura in cui risulteranno scarsamente significativi rispetto alla specifica problematica affrontata.

⁹ Appare opportuno puntualizzare che si fa riferimento, in generale, ad interventi normativi che, sotto il profilo dei rapporti tra Stato e Regioni, rilevano non solo in senso "orizzontale", sotto forma di interferenze tra "ambiti materiali" propriamente detti, ma anche in senso "verticale", in relazione a rapporti tra "livelli" (o tra "ambiti" in senso lato) di normazione ricondotti, in particolare, ad una materia di competenza concorrente, che, nella fattispecie, è quella relativa al "governo del territorio".

¹⁰ Si pensi, in particolare, all'inquadramento del rapporto tra regolamenti statali e leggi regionali nel diritto vivente, il quale, già problematico in generale, per i profili che interessano specificamente in questa sede, ha mostrato non poche ambiguità nel corso dell'evoluzione della disciplina dell'attività edilizia e dei giudizi di legittimità costituzionale che ne sono derivati soprattutto in tema di deroga delle distanze legali minime tra edifici (v., in particolare, Corte cost. [sent. n. 6/13](#) e le note di R. CHIEPPA, *Deroga alle norme sulle distanze fra le costruzioni tra ordinamento civile e competenza concorrente regionale in materia di governo del territorio: le insidie di una «giurisprudenza consolidata» relativa alla efficacia di decreto ministeriale datato nel tempo*, in *Giur. cost.*, 2013, 158 ss., e di G. DI COSIMO, *Se una legge vale meno di un decreto ministeriale*, in *Le Regioni*, 630 ss.), così come si avrà modo di rilevare nella presente disamina.

questa sede, nonostante possa sembrare, *prima facie*, che siffatti spazi di normazione gli siano preclusi alla luce degli orientamenti giurisprudenziali affermatasi sinora.

Nel caso in esame, sotto il profilo più strettamente normativo, i due summenzionati ambiti, che appaiono certamente centrali nel più ampio quadro delle disposizioni censurate “a monte” della pronuncia *de qua*, riguardavano, più specificamente, *in primis*, alcune previsioni dell’art. 6 della legge della Regione Liguria n.12/15¹¹, recanti modifiche alla legge regionale n. 16/08 (recante “Disciplina dell’attività edilizia”), nella parte in cui quest’ultima ha inteso disciplinare (com’è ovvio, nel rispetto della legislazione statale “di principio”), gli interventi di “manutenzione ordinaria” all’esterno degli edifici, rivolti, essenzialmente, alla “installazione di [...] impianti tecnologici o elementi di arredo urbano *non comportanti opere edilizie*”¹².

In secondo luogo, le censure erano rivolte al sesto comma dell’art. 6 della legge impugnata, il quale modificava la disciplina delle distanze minime tra edifici (di cui all’art. 18, c. 1 della legge regionale n. 16/08) limitatamente ai casi aventi ad oggetto il recupero, a fini abitativi, dei sottotetti degli edifici esistenti e la connessa esigenza di dover rispettare l’allineamento dell’edificio stesso in seguito all’eventuale innalzamento del fabbricato (strettamente necessario per consentire l’intervento in questione¹³).

Si tratta di due profili della disciplina regionale aventi ad oggetto degli interventi di trasformazione urbanistico-edilizia fondamentalmente distinti¹⁴, ma accomunati dal fatto che, nelle fattispecie specificamente considerate, gli spazi di autonomia legislativa regionale, alla luce della ricostruzione complessiva effettuata dalla Corte, che risulta convincente solo in parte¹⁵, rischiano di essere oltremodo compressi, se non proprio “snaturati”, in quanto ricondotti, perlopiù, ad un ambiguo potere di deroga molto limitato (se non proprio meramente teorico), e tutt’altro che “garantito”, di quanto sancito dalla legislazione statale.

Nella ricostruzione della Corte, infatti, gli specifici ambiti di disciplina considerati e ricondotti al “*governo del territorio*”, ovvero ad una materia di competenza concorrente (è il caso degli interventi di “manutenzione ordinaria” all’esterno degli edifici), sarebbero ripartiti tra Stato e Regioni in modo da consentire al legislatore regionale di adottare, come disciplina “non di principio”, solo delle (eventuali) norme derogatorie della disciplina statale, la quale finirebbe col costituire, in ultima istanza, una disciplina potenzialmente esaustiva degli ambiti materiali in questione, più che una disciplina *di principio* in senso stretto¹⁶, nei termini che si avrà modo di puntualizzare.

¹¹ SI tratta, più specificamente, dei commi 3, 8 secondo trattino ed 11 terzo trattino dell’articolo richiamato.

¹² E’ questa la formulazione originariamente prevista dall’art. 6, secondo trattino, lett. *i* della legge regionale n. 16/08, poi modificata dall’art. 6, c. 3 della legge della Regione Liguria n. 12/15 (impugnato dalla Presidenza del Consiglio) in “installazione di [...] impianti tecnologici o elementi di arredo urbano *e privato pertinenziali non comportanti la creazione di volumetria*”.

¹³ Non è superfluo rilevare come in caso di trasformazione di un sottotetto in un vano abitabile e del conseguente innalzamento dell’edificio che ne può derivare, possano mutare le distanze minime tra edifici da rispettare in quanto, a tal fine, risulta rilevante non solo la sagoma dell’edificio, ma anche la presenza di nuove finestre.

¹⁴ E’ appena il caso di sottolineare come la distinzione dei due profili di disciplina richiami l’attenzione non solo sui differenti interessi pubblici coinvolti, a cui si è già avuto modo di fare esplicito riferimento, ma anche, come ovvio, sul differente oggetto normato e sulla delimitazione materiale sottostante a cui la giurisprudenza costituzionale ha rivolto la propria attenzione con approcci che, soprattutto in taluni casi, sono risultati molto penetranti, o, meglio, maggiormente penalizzanti per l’autonomia regionale (si pensi, in particolare, a tutti i casi in cui la legislazione regionale ha intersecato, più o meno direttamente, la disciplina delle distanze tra edifici).

¹⁵ A tale riguardo, si avrà modo di rilevare come l’inquadramento della Corte, pur risultando coerente con l’evoluzione della giurisprudenza in materia, non riesca a chiarire taluni profili di ambiguità che sembrano continuare ad inficiare la disciplina degli interventi edilizi sotto il profilo dei rapporti tra la legislazione statale e quella regionale.

¹⁶ Resta certamente una delle problematiche del “diritto regionale” più insidiose e complesse quella di individuare, circoscrivere e distinguere in concreto norme “di principio” rispetto a norme “non di principio”, così come messo in luce dalla dottrina più autorevole (facendo specifico riferimento alla originaria materia “urbanistica”, v., in particolare, G. COFRANCESCO e F. SORRENTINO, *I principi fondamentali nella legislazione sull’urbanistica*, in *Le Regioni*, 1981, 79 ss.; S. MANGIAMELI, *Principio “posto” e principio “desunto”: una differenza del tutto risolta?*, in *Rivista giuridica di Urbanistica*, 1990, 455 ss. Per un inquadramento generale della problematica in questione, v., almeno, S. BARTOLE,

D'altra parte, gli ambiti ricondotti alla "materia" *ordinamento civile*, di potestà legislativa esclusiva statale, pur essendo oggetto di un possibile intervento "di ritorno" del legislatore regionale, il quale sarebbe abilitato, dalla stessa disciplina statale, a derogare (sia pure nel rispetto di specifici vincoli e limiti) a quanto stabilito da quest'ultima (è il caso del regime delle distanze tra edifici che verrebbe, così, ad essere "attratto", in parte, dalla materia del "governo del territorio", sulla base di interessi ritenuti, sostanzialmente, prevalenti ed ascrivibili, per l'appunto, a quest'ultima materia)¹⁷, appaiono inevitabilmente destinati a ridurre significativamente l'estensione della competenza regionale concernente il "governo del territorio" e, conseguentemente, la "qualità", oltre che l'"ampiezza", del connesso governo locale degli interessi pubblici sottostanti.

In altre parole, la legislazione in esame, pur riguardando i rapporti tra ambiti e livelli di normazione già oggetto di interpretazioni giurisprudenziali per molti versi già "acquisite", se, da un lato, hanno offerto al Giudice delle leggi l'occasione di sviluppare e precisare la portata di alcune precedenti pronunce su analoghi interventi regionali (v., in particolare, le [sentt. n. 232 del 2005, n. 6 del 2013](#) e [n. 139/13](#))¹⁸, dall'altro hanno fatto emergere come l'inquadramento dei rapporti tra le competenze a vario titolo coinvolte nel caso in esame risulti non sempre del tutto convincente, soprattutto se considerato alla luce degli esiti a cui si potrebbe pervenire, più in generale, in ordine alla definizione complessiva (*rectius*: "in orizzontale" ed "in verticale") degli "spazi" di autonomia regionale volti a consentire un coerente "governo" delle politiche nel settore edilizio a livello locale e, più in particolare, un effettivo ed adeguato esercizio delle competenze regionali in ordine alla disciplina (di "dettaglio") delle opere di manutenzione degli immobili.

3. L'inquadramento giurisprudenziale degli interventi sugli immobili (e, segnatamente, delle attività di "edilizia libera") alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni

Sotto il primo profilo precedentemente richiamato, che è quello che maggiormente interessa in questa sede¹⁹, l'art. 6, c. 3 della legge della Regione Liguria n. 12/15, impugnato dalla Presidenza

Principi generali del diritto (diritto costituzionale), in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 494 ss.; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1992, 170 ss.; R. BIN, voce *Legge regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, 1994; R. TOSI, "Principi fondamentali" e *leggi statali nelle materie di competenza concorrente*, Padova, 1997. In ordine ai problemi emersi dopo la riforma del Titolo V, v., *ex multis*, P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1126 ss.; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 126 ss.; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano 2006). In ogni caso, uno dei "punti fermi", a questo proposito, resta quello secondo cui la disciplina dei "principi fondamentali" delle materie di potestà concorrente non è legittimata, in ultima istanza, ad esautorare l'intervento regionale, quasi degradandolo ad una mera normazione secondaria di tipo regolamentare. Sul punto v., più recentemente, F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, 2011, 287 ss.; S. MANGIAMELLI, *Il Titolo v della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, Relazione tenuta al Seminario "Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni", 15 maggio 2015, in [Italian Papers of Federalism](#); nonché, per un ulteriore approfondimento del tema in questione, v. anche L. GRIMALDI, *Potestà legislativa concorrente ed autonomia regionale nel processo di "trasformazione" del regionalismo italiano*, Bari, 2016, in part. 203 ss.

¹⁷ E' opportuno evidenziare come, alla luce di quanto sinteticamente rilevato, emerga, implicitamente, un elemento di intrinseca criticità in ordine al problematico riparto "effettivo" di competenze tra Stato e Regioni derivante dall'intreccio, tutt'altro che chiaro e netto, tra criteri di delimitazione "materiale" delle competenze e criteri di delimitazione e di valutazione (perlopiù in termini di prevalenza) degli interessi sottostanti. E' proprio alla luce di tale intreccio che diviene possibile individuare, tra l'altro, quella "dimensione amministrativa" del settore in questione che autorevole dottrina ha definito come il vero «centro di gravità del rapporto tra Stato, Regioni ed Enti locali» (v. S. AMOROSINO, *Il «governo del territorio» tra Stato, Regioni ed enti locali*, cit., 79).

¹⁸ In merito alla [sent. n. 232/05](#) v. la nota di A. ROCCELLA, *Governo del territorio: rapporti con la tutela dei beni culturali e l'ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2005, 1253 ss. Per quanto riguarda la [sent. n. 6/13](#), v. i riferimenti evidenziati in nota 10.

¹⁹ Pur non volendo trascurare l'intrinseca importanza del secondo profilo cui si è fatto riferimento in ordine alla disciplina delle distanze tra edifici, è necessario rilevare come tale disciplina presenti, fondamentalmente, un distinto

del Consiglio, intendeva modificare, innanzitutto, la disposizione che prevede, secondo la sua formulazione originaria, che le opere di “installazione di [...] impianti tecnologici o elementi di arredo urbano” possono essere considerate interventi di “manutenzione ordinaria” (e, quindi, soggette al relativo regime, sostanzialmente “deregolamentato”, dei titoli abilitativi necessari per la loro realizzazione)²⁰ solo se “*non comportanti opere edilizie*” (ex art. 6, secondo trattino, lett. i della legge regionale n. 16/08).

L’intervento legislativo regionale censurato, a fronte di tale previsione, intendeva rendere meno stringenti i presupposti in base ai quali poter qualificare le predette “installazioni” come interventi di “manutenzione ordinaria”, ed integrare le fattispecie già ricomprese in questa tipologia di opere (non soggette a specifici titoli abilitativi in quanto rientranti nella “attività edilizia libera” ai sensi dell’art. 6 del d.p.r. n. 380/01) attraverso la sostituzione della parte finale della disposizione *de qua* (comprendente le parole “*non comportanti opere edilizie*”) con la nuova formula “*e privato pertinentiali non comportanti creazione di volumetria*”.

La disposizione novellata era finalizzata, dunque, ad ampliare il complesso degli interventi edilizi da sottoporre al (“deregolamentato”) regime proprio delle opere di “manutenzione ordinaria” e, per questo, eseguibili liberamente, ovvero senza che siano sottoposte nemmeno all’onere della previa comunicazione di inizio attività (CIL), ricomprendendovi, per un verso, l’installazione di nuovi impianti tecnologici (oltre il ripristino e l’integrazione di quelli esistenti già previsti dalla disciplina previgente) e, per l’altro, la realizzazione di opere di arredo da collocare anche su aree

complesso di problematiche che va ben al di là dell’orizzonte proprio delle riflessioni specificamente sviluppate in questa sede. Tale ambito problematico, infatti, avendo ad oggetto la disciplina delle distanze tra edifici, costituisce, di per sé, una questione molto complessa ed articolata, che è stata, tra l’altro, oggetto di una copiosa giurisprudenza civile prima ancora che costituzionale e di un ricco dibattito dottrinario, che ha investito molteplici profili sia sostanziali (relativamente alla disciplina delle sagome degli edifici, della derogabilità in aumento ed in diminuzione delle distanze *de quibus*, del rapporto tra il regime delle distanze stesse e gli strumenti urbanistici, etc.), sia formali (in riferimento alla articolazione delle fonti idonee ad incidere su tale ambito, al rapporto tra fonti statali e fonti regionali, all’utilizzo dell’“interpretazione conforme” da parte dei giudici comuni e della Corte costituzionale nell’inquadrare il rapporto tra fonti, etc.), ma che interseca solo in parte l’oggetto peculiare della presente disamina. Con queste brevi note, infatti, ci si limiterà a considerare solo taluni limitati aspetti della disciplina delle distanze tra immobili, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in esame, in quanto strettamente connessi con l’esercizio della competenza regionale in “materia edilizia”. Saranno presi in considerazione, in particolare, ove necessario, solo quegli aspetti della disciplina delle distanze minime tra immobili, oggetto della legislazione ligure, specificamente connessi con le opere di manutenzione edilizia e col potere riconosciuto alle Regioni di derogare alla disciplina statale.

²⁰ In merito alla natura ed alla funzione dei titoli abilitativi previsti dal Testo unico, è opportuno ricordare come la disciplina di siffatti titoli sia, in termini generali, il frutto del passaggio da un approccio incardinato sulla *concessione edilizia* (intesa come provvedimento *concessorio* in senso stretto, fondato sulla scissione tra *jus aedificandi* e diritto di proprietà, e che aveva sostituito la *licenza edilizia* in forza di quanto previsto dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10, la c.d. *legge Bucalossi*) ad un altro radicalmente diverso, fondato sul *permesso di costruire* (ovvero di realizzare una determinata opera edilizia sulla base di un provvedimento di natura autorizzatoria), il quale affonda le radici, come noto, nella [sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 1980](#). In occasione di questa decisione la Corte, chiamata ad affrontare, in particolare, le problematiche relative alla disciplina dell’indennità di espropriazione dei suoli e del connesso regime delle destinazioni d’uso degli stessi, pur prendendo atto che spettava all’Amministrazione (e non al proprietario) determinare il modo, i termini e, persino, l’an della edificabilità degli stessi e della realizzazione delle varie opere edilizie, rilevava come la “concessione edilizia”, prevista dal legislatore, non fosse un provvedimento attributivo di diritti nuovi, ma solo ricognitivo di facoltà preesistenti. La Corte evidenziava, in particolare, come il peculiare nesso tra lo *jus aedificandi* ed il diritto di proprietà, che costituiva il cuore della questione in esame, dovesse essere colto alla luce del fatto che l’attività edificatoria, così come contemplata e limitata dagli strumenti urbanistici, poteva essere realizzata solo dal proprietario, e non (autoritativamente) da altri. Da ciò la Corte stessa ricavava che lo *jus aedificandi*, sostanzialmente, “seguiva” il diritto di proprietà, rimanendo “incorporato” in esso, e che la “concessione edilizia” doveva avere, conseguentemente, una natura meramente autorizzatoria, ovvero, più specificamente, che “la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti [...] avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall’ordinamento per l’esercizio del diritto” ([punto 4 delle Considerazioni in diritto](#)). Proprio in tale prospettiva può essere colta, dunque, la funzione fondamentale dei titoli abilitativi, i quali offrono, in generale, un peculiare strumento di tutela degli interessi pubblici (riconducibili a ciascuna tipologia di intervento edilizio) e di garanzia del corretto esercizio del diritto di proprietà.

pertinenziali e comportanti interventi edilizi, sia pure col vincolo di non creare nuova volumetria²¹, a differenza di quanto previsto precedentemente dalla legge n. 16/08.

Quest'ultima, infatti, in origine, con l'art. 6 aveva indirettamente escluso, dalle fattispecie di "manutenzione ordinaria", sia le opere di arredo comportanti opere edilizie, sia gli interventi sulle aree pertinenziali degli edifici, lasciando che tutti questi interventi fossero sottoposti agli specifici vincoli previsti dal d.p.r. n. 380/01²².

La Corte, pur affrontando separatamente le censure concernenti l'installazione di impianti tecnologici rispetto a quelle concernenti le opere di arredo urbano, sembra aver seguito una stessa logica di fondo secondo cui la classificazione degli interventi ricondotti al regime di "edilizia libera" (e, segnatamente, di quelli qualificati come opere di "manutenzione ordinaria"), di competenza del legislatore statale quale parte integrante della disciplina "di principio" in materia di "governo del territorio", costituirebbe uno schema fondamentalmente "rigido" (tanto nella sua articolazione, quanto in ciascuno dei caratteri costitutivi di ogni tipologia di intervento), il quale troverebbe il suo fondamento positivo nell'art. 3 del d.p.r. n. 380/01²³.

Siffatto schema, infatti, al di là della previsione contenuta nel secondo comma dello stesso art. 3 appena richiamato, secondo cui le definizioni in esso contenute "prevalgono sulle disposizioni degli strumenti urbanistici generali e dei regolamenti edilizi"²⁴, nell'interpretazione del Giudice delle leggi non costituirebbe, sotto il profilo specifico che qui interessa maggiormente, una mera "griglia" (non differenziabile, a livello regionale, in ordine al suo impianto generale), entro cui collocare le varie tipologie di opere edilizie, al fine di individuare, distinguere e commisurare (ma solo, per così dire, "in seconda battuta") gli strumenti particolari di tutela dei molteplici interessi pubblici sottostanti ed ai quali assoggettare (in "linea di principio") ciascuna tipologia di intervento sugli edifici e sulle aree limitrofe di natura pertinenziale. Esso rappresenterebbe, piuttosto, la determinazione analitica ed esaustiva dei caratteri e dei vincoli a cui sarebbero soggette le singole specie di opere urbanistico-edilizie, con la diretta conseguenza di sottrarne *in toto* la disciplina alla normazione (o, se si vuole, ad una specificazione di livello) regionale, si badi, anche in ordine a profili non riconducibili direttamente alle definizioni ed alla classificazione di cui all'art. 3 del decreto in questione, ma concernenti, essenzialmente, la connessione tra le varie tipologie di interventi edilizi ivi previste ed i titoli abilitativi prescritti per la loro regolare esecuzione²⁵.

²¹ E' opportuno puntualizzare che veniva esplicitamente esclusa, tra l'altro, anche la creazione di meri "volumi tecnici".

²² E' opportuno puntualizzare, al riguardo, che il decreto *de quo* inquadra, fondamentalmente, il regime di "edilizia libera", e le fattispecie di intervento sugli immobili ad esso ricondotte, come una sostanziale deroga (in quanto norma speciale contenuta nell'art. 6) rispetto all'obbligo generale (disciplinato dai successivi articoli) secondo cui l'esecuzione di un'opera edilizia è soggetta, in linea di principio, al previo ottenimento di uno specifico titolo abilitativo consistente nel "permesso di costruire", o in una delle forme più o meno "semplificate" previste dal Titolo II dello stesso decreto (significativamente chiamato "Titoli abilitativi" e del quale l'art. 6, più volte richiamato, costituisce l'"incipit"), e che non ricomprende, propriamente, le forme "deregolate" di comunicazione, asseverate o meno, di inizio attività. I titoli abilitativi all'attività edilizia, infatti, sono costituiti, essenzialmente dal "permesso di costruire" (Capo II); dalla "denuncia di inizio attività" (la c.d. DIA di cui al Capo III, artt. 22 ss.), cui si è affiancata la Segnalazione certificata di inizio attività (la c.d. SCIA di cui allo stesso Capo), prevista dall'art. 19 della legge 7 agosto 1990 n. 241, così come modificato dall'art. 49, comma 4-bis, della legge n. 122/10, al fine di semplificare, in taluni casi, la procedura della DIA; ed, infine, dalla c.d. "super DIA" non menzionata dal testo normativo ma relativa, in sostanza, agli interventi contemplati dal comma 3 dell'art. 22.

²³ Gli interventi sugli immobili classificati dall'art. 3 del Testo unico si articolano, fondamentalmente, in quelli finalizzati alla "manutenzione" (ordinaria e straordinaria) del bene; al suo "recupero" architettonico o funzionale ("restauro" e "risanamento conservativo"); alla sua "trasformazione" (riconducibile alla ristrutturazione edilizia); o, infine, ad una "nuova costruzione".

²⁴ La disposizione in questione appare rivolta direttamente agli strumenti urbanistici generali ed ai regolamenti edilizi ai quali viene interdetta, al riguardo, ogni funzione di possibile integrazione del contenuto già disposto dalla legge stessa, proprio perché quest'ultima è espressione "sistematica" dei "principi fondamentali" della materia.

²⁵ Nel caso in esame, l'articolazione delle varie tipologie di opere edilizie e le relative definizioni, contenute nell'art. 3 del d.p.r. n. 380/01, verrebbero inquadrate, in particolare, non tanto in mera "connessione funzionale", quanto in *necessaria ed analitica* "connessione strutturale" con quanto disposto dall'art. 6 dello stesso decreto, relativo al regime dei titoli abilitativi. A tale specifico proposito è noto come la classificazione di cui all'art. 3 sia funzionale soprattutto

La Corte, in altri termini, soffermandosi a considerare, in particolare, l'individuazione dei titoli richiesti per la legittima realizzazione di ciascuna delle varie specie di opere edilizie, sembra non consentire, in ultima istanza, degli effettivi margini di flessibilità (anche solo parziale) in ordine alla possibilità di "adattarne" e differenziarne la disciplina a livello regionale, sulla base di particolari esigenze e/o scelte di carattere locale²⁶, dal momento che ciò finirebbe col ridondare sulla qualificazione delle opere edilizie stesse e sulla relativa classificazione "fissata" a livello statale, ovvero si risolverebbe, fatalmente, in una intrinseca alterazione di quest'ultima, così come avvenuto, nel caso di specie, con la legge della Regione Liguria n. 12/15. Ciò deriverebbe, essenzialmente, dallo stretto legame intercorrente tra l'individuazione dei summenzionati titoli abilitativi e la definizione e distinzione delle varie tipologie di opere edilizie, la cui natura finirebbe, così, col saldarsi *ab imo* con gli adempimenti previsti per la loro legittima realizzazione, sulla base di una connessione non di natura propriamente "funzionale", bensì di tipo "strutturale".

Nella ricostruzione della Corte, infatti, sia nel caso dell'installazione degli impianti tecnologici, sia in quello della realizzazione di opere di arredo urbano, la specifica (e "rigida") determinazione del titolo abilitativo necessario per consentire l'esecuzione di siffatte opere sembra costituire un elemento imprescindibile con cui individuare e connotare la natura intrinseca dell'attività edilizia considerata (e da ricondurre, in ogni caso, alla classificazione di cui all'art. 3 del d.p.r. n. 380/01), piuttosto che, più semplicemente, uno degli adempimenti amministrativi disposti dal legislatore statale, ma, eventualmente, in qualche misura "rimodulabile" o, se si vuole, "semplificabile" a livello regionale (sia pure in "ragionevole coerenza" con le finalità generali di tutela dell'interesse pubblico determinate a livello statale) per legittimarne il compimento.

Basti considerare, a tale riguardo, come la Consulta non si limiti ad evidenziare la previsione, per ciascuna categoria di intervento edilizio, di uno specifico titolo abilitativo disciplinato dalla legislazione statale (così come espressamente disposto dagli artt. 6 ss. del d.p.r. n. 380/01), ma riconduca, di fatto, alla qualificazione ed alla stessa definizione delle varie categorie di interventi sugli immobili (di cui all'art. 3 dello stesso decreto), l'univoca attribuzione dei diversi titoli abilitativi (i quali sembrano configurarsi, quindi, come dei veri e propri titoli "distintivi" delle categorie in questione), affermando che «la definizione delle categorie di interventi edilizi *a cui si collega* il regime dei titoli abilitativi costituisce principio fondamentale della materia concorrente del "governo del territorio"»²⁷.

In verità, il ragionamento svolto dal Giudice delle leggi sembra presupporre, più che un mero "collegamento" (da considerare, eventualmente, più o meno "flessibile" nella sua articolazione e specificazione), un rapporto di stretta e necessaria biunivocità tra la definizione delle varie tipologie di interventi edilizi e l'analitica individuazione dei titoli abilitativi corrispondenti, dimodoché, chiosando il rilievo poc'anzi richiamato, potrebbe dirsi che è, innanzitutto, "il regime dei titoli abilitativi a cui si collega (o, forse meglio, a cui è ricondotta) la definizione delle categorie di interventi edilizi" a costituire (nella sua specifica architettura, più che nel suo impianto generale) un "principio fondamentale della materia concorrente del governo del territorio".

Tale regime, infatti, nell'interpretazione fatta propria dalla Corte, costituirebbe il fondamento (o, se si vuole, uno degli elementi posti a fondamento) della *definizione* stessa delle categorie di intervento edilizio, oltre che la disciplina dei vari adempimenti a cui sottoporre la legittima esecuzione delle opere sugli immobili e sullo spazio urbano circostante.

alla individuazione di adeguati strumenti di tutela degli interessi pubblici coinvolti, ma ciò non cambia il presupposto fondamentale secondo cui la disciplina statale resta espressione di principi fondamentali della materia, rispetto ai quali la legislazione regionale ben può rivolgersi, in linea generale, ad "adattare" e "dettagliare" i predetti strumenti di tutela alle specifiche esigenze locali da considerare (*ex art. 5 Cost.*) come una articolazione, per certi versi "necessaria", di quegli stessi interessi generali, ai quali si intrecciano, più in generale, il valore e le istanze di autonomia di cui sono portatrici le Regioni.

²⁶ E' implicito, a tale riguardo, che le scelte di livello regionale restino soggette al rispetto di un vincolo di coerenza (*rectius*: di ragionevolezza) con l'esigenza, non derogabile, di garantire una adeguata tutela degli interessi della collettività rispetto agli interessi (per molti versi contrapposti) dei privati complessivamente coinvolti.

²⁷ Così al [Punto 2.1 delle Considerazioni in diritto](#).

Tutto ciò determinerebbe l'impossibilità, per il legislatore regionale, di modificare, in particolare, la stretta corrispondenza tra le varie categorie di opere edilizie ed i rispettivi titoli abilitativi previsti (che, è bene rimarcare, in alcuni casi operano in una logica sostanzialmente deregolamentata, consistendo in semplici comunicazioni più che in veri e propri titoli abilitativi in senso stretto) e, conseguentemente, l'illegittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 6, c. 3 della legge censurata, così come sancito dal dispositivo della decisione in questione.

4. *Gli spazi "lasciati" alla legislazione regionale alla luce della definizione dei "principi fondamentali" della materia governo del territorio, del(l'ambiguo) potere delle Regioni di derogare a talune previsioni statali e del vincolo di ragionevolezza a cui è sottoposto l'esercizio di siffatto potere*

In realtà, alla luce dei rilievi effettuati, se è vero che l'individuazione e la qualificazione delle varie tipologie di opere edilizie costituiscono, tradizionalmente, un oggetto proprio della normazione "di principio", così come ribadito costantemente dalla giurisprudenza costituzionale²⁸, al quale si affianca legittimamente il regime dei titoli abilitativi, in quanto anch'esso espressione di "principi" della materia (nella misura in cui ciò venga disposto dal legislatore statale), è altresì vero che siffatto regime, proprio alla luce delle scelte concretamente effettuate dalla legislazione "di principio" stessa, non sembra costituire né un assetto privo di alcun margine di flessibilità, né una determinazione di principi volti ad integrare *sistematicamente* quanto disposto dal già richiamato art. 3 del d.p.r. n. 380/01, dal momento che lo stesso decreto, all'art. 6, c. 6, ne dispone esplicitamente la derogabilità (sia pure parziale) da parte del legislatore regionale.

Tale disposizione, infatti (per certi versi, forse, proprio nel "rispetto", o, per così dire, "nello spirito" del riparto "in verticale" delle competenze legislative), prevede che le Regioni possano estendere (in deroga a quanto stabilito dal Titolo II del decreto stesso) la disciplina delle attività di c.d. "edilizia libera" (sostanzialmente deregolamentate), "*a interventi edilizi ulteriori*" rispetto a quelli elencati dai commi 1 e 2 dello stesso articolo (inerenti, rispettivamente, gli interventi "eseguiti senza alcun titolo abilitativo" *tout court* e quelli soggetti alla sola "previa comunicazione dell'inizio dei lavori, da parte dell'interessato, all'amministrazione comunale").

In forza di tale previsione, quindi, è proprio la norma statale ad ammettere espressamente la possibilità che il legislatore regionale possa integrare le fattispecie riconducibili alle attività di "edilizia libera", ricomprendendovi, per l'appunto, "*interventi edilizi ulteriori*" rispetto a quelli elencati nei primi due commi dello stesso art. 6, in modo da rendere, in qualche misura, "flessibile" il regime dei titoli abilitativi e, conseguentemente, i rapporti di connessione (che sembrano assumere, pertanto, una natura "funzionale" più che "strutturale") tra questi ultimi e le differenti tipologie di opere edilizie.

Il legislatore statale, in altri termini, sembra aver voluto adottare, implicitamente, non solo delle previsioni da considerare come principi fondamentali della materia in senso stretto, ma anche delle norme "di dettaglio"²⁹ (quali quelle inerenti talune prescrizioni analitiche dei titoli abilitativi richiesti), di natura *lato sensu* "cedevole"³⁰, ovvero oggetto di una possibile (parziale) ridefinizione

²⁸ V., in particolare, le [sentenze n. 309 del 2011](#), [n. 171 del 2012](#), [n. 259 del 2014](#).

²⁹ Ciò rinvia non tanto dallo specifico oggetto della disciplina o dal suo contenuto peculiare, quanto, piuttosto, dal fatto che le norme *de quibus* non costituirebbero, per loro intrinseca natura e funzione, un limite a cui sarebbe vincolata la legislazione regionale "concorrente", ma semmai uno "spazio normativo" condiviso tra Stato e Regioni.

³⁰ E' appena il caso di sottolineare come il riferimento alla "cedevolezza" (in senso lato) delle norme in questione assuma un significato generale in riferimento alla efficacia delle norme stesse e non richiami, in particolare, ciò che la dottrina ha tradizionalmente inquadrato come "norme cedevoli" in senso proprio, ovvero come norme "non di principio", adottate "provvisoriamente" dallo Stato in materie di potestà concorrente. E' noto, più in particolare, come queste previsioni normative siano, essenzialmente, vincolate ad una efficacia, per così dire "provvisoria", ovvero specificamente limitata fino al momento in cui le Regioni non esercitino in concreto la propria competenza legislativa in materia, al fine precipuo di garantire, per un verso, la necessaria coerenza del rapporto "dinamico" tra norme "di

a livello regionale, sia pure nella misura in cui ciò non comporti un irragionevole sacrificio delle istanze di tutela uniforme dell'interesse pubblico il cui impianto generale è quello riveniente dagli artt. 6 ss. del d.p.r. n. 380/01.

Tutto ciò finisce col rendere, per un verso, l'intera disciplina maggiormente articolata (sia pure solo in potenza) tra i diversi livelli di normazione (in forza del summenzionato potere di deroga delle Regioni che si affianca alla più ampia competenza legislativa "non di principio" delle stesse), e, per l'altro, la corrispondenza tra la qualificazione delle varie tipologie di opere edilizie e la prescrizione degli specifici titoli abilitativi richiesti per la loro esecuzione, inevitabilmente, meno "stretta" e "rigida", ovvero tale da consentire, in sostanza, una "specificazione" (sia pure limitata) del regime dei titoli abilitativi stessi a livello locale.

Se è vero, dunque, che la legislazione regionale in materia, come afferma la Corte, non può derogare la classificazione disposta dall'art. 3 del d.p.r. n. 380/01, in quanto espressione (per molti versi "acclarata") di principi fondamentali della materia, né «sovvertire le "definizioni"», di cui allo stesso articolo, nell'esercizio del predetto potere di deroga, così come, tra l'altro, già affermato, negli stessi termini, in una precedente pronuncia³¹, è altresì vero che una classificazione ed una definizione degli interventi edilizi "intrinsecamente" fondata (anche) sui titoli abilitativi necessari per la loro realizzazione, così come prospettato dal Giudice delle leggi, rischia di risultare poco compatibile o, quantomeno, non del tutto coerente, con la previsione che le Regioni possano effettivamente derogare ai vincoli derivanti dalla disciplina dei titoli abilitativi stessi estendendo le fattispecie di intervento riconducibili alla c.d. "edilizia libera".

Non a caso, la Corte, nel momento stesso in cui affronta la questione relativa alla facoltà attribuita al legislatore regionale, ex art. 6, c. 6 del decreto n. 380/01, di estendere la disciplina delle opere di "edilizia libera" ad *ulteriori* fattispecie rispetto a quelle elencate nei primi due commi dello stesso articolo (ovvero di non subordinarne, in particolare, la realizzazione al rilascio di un permesso di costruire o ad una "segnalazione certificata di inizio attività", la c.d. SCIA), si preoccupa di puntualizzare, non senza ambiguità, che tale facoltà risulta intrinsecamente limitata alla «possibilità di estendere i casi di attività edilizia libera ad *ipotesi non integralmente nuove, ma*

principio" e norme "di dettaglio", e, per l'altro, il corretto funzionamento e la necessaria continuità e/o completezza della disciplina e, più in generale, dell'intero ordinamento (anche per evitare vuoti normativi), così come rilevato (e legittimato) dal Giudice delle leggi, quantomeno a partire dalla [sentenza "pilota" n. 214/85](#) (al riguardo, v., in riferimento alla ricostruzione originaria della problematica relativa alle c.d. "norme cedevoli", v. A. ANZON, *Mutamento dei principi fondamentali nelle materie regionali e vicende della normazione di dettaglio*, in *Giurr. cost.*, 1985, 1660 ss., la quale poneva in luce anche l'esigenza di ovviare all'inerzia del legislatore regionale di adeguare la disciplina ad un mutamento dei principi fondamentali della materia; F. CUOCOLO, *Il difficile rapporto fra leggi statali e regionali*, in *Giur. cost.*, 1985, 2667 ss.; R. TOSI, *Leggi di principio corredate da disposizioni di dettaglio: un'estensione della competenza statale senza sacrificio dell'autonomia regionale*, in *Giur. cost.*, 1985, 2678 ss., la quale poneva in rilievo, in particolare, come l'adozione di norme statali "cedevoli" avrebbe consentito di evitare che si creassero vuoti normativi nell'ordinamento, in seguito ad un mutamento dei principi fondamentali della materia, senza compromettere, perlomeno apparentemente, il potere regionale di intervenire successivamente in quella stessa materia con la propria disciplina di dettaglio e nel rispetto dei mutati principi fondamentali. In riferimento all'evoluzione della problematica *de qua* dopo la riforma del Titolo V, v., tra gli altri, A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni. Crisi di un modello*, Milano, 2001, 126 ss.; F. PIZZETTI, *Le autonomie locali nella riforma costituzionale e nei nuovi statuti regionali*, in *Le Regioni*, 2002, 944; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1247 e ss.; A. D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore (Nota a C. Cost. N. 282/2002)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it ; L. ANTONINI, *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli?*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, i quali sembrano escludere, a vario titolo, la legittimità dell'adozione delle summenzionate "norme cedevoli"). Il riferimento in parola, al netto di tutto ciò, pur non riguardando un caso in cui l'adozione di "norme cedevoli" appare determinata e, per certi versi, giustificata dalla necessità di avere comunque una disciplina alla quale siano garantite coerenza e continuità, appare, tuttavia, opportuno se non altro perché è la stessa Corte a rilevare che, in riferimento al concreto esercizio, da parte delle Regioni, delle proprie attribuzioni, non è «ragionevole ritenere che il legislatore statale abbia reso *cedevole* l'intera disciplina dei titoli edilizi, spogliandosi del compito, proprio del legislatore dei principi fondamentali della materia, di determinare quali trasformazioni del territorio siano così significative da soggiacere comunque a permesso di costruire» (così nella sentenza in esame al [Punto 2.2 delle Considerazioni in diritto](#)).

³¹ Così nella [sentenza n. 171 del 2012](#).

“*ulteriori*”, ovvero coerenti e logicamente assimilabili agli interventi di cui ai commi 1 e 2 del medesimo art. 6», richiamando *in toto* quanto aveva già avuto modo di rilevare in una precedente decisione (la [n. 139 del 2013](#)).

In realtà, in occasione della [sentenza n. 139/13](#), la Consulta, nel definire l’ambito derogatorio previsto dall’art. 6 del d.p.r. n. 380/01, aveva voluto ribadire il limite gravante sulla legislazione regionale (“non di principio”), derivante dalla connessione tra le definizioni contenute nell’art. 3 dello stesso decreto ed il regime dei titoli abilitativi, richiamando non tanto una necessaria e stretta corrispondenza tra la definizione degli interventi e l’individuazione dei rispettivi adempimenti necessari per la loro legittima realizzazione, così come sembra fare nella pronuncia in commento, ma, piuttosto, un vincolo di sostanziale ragionevolezza a cui sarebbero soggette le previsioni regionali derogatorie ai sensi dell’art 6, c. 6 stesso³².

La Corte, infatti, rilevava, in quella sede, che siffatte previsioni debbano risultare «*coerenti con le ragioni giustificatrici* che sorreggono [...] le specifiche ipotesi di sottrazione al titolo abilitativo»³³, evidenziando come le finalità di “semplificazione” dei titoli abilitativi necessari per le opere da realizzare, pur previste dall’ordinamento, non possano spingersi (alla luce di una valutazione effettuata, essenzialmente, in termini di “ragionevolezza”) fino a consentire la creazione di nuova volumetria senza un adeguato titolo edilizio³⁴.

Non va trascurato, tra l’altro, come, sotto quest’ultimo specifico profilo, il legislatore della Regione Liguria, a differenza di quello veneto, si fosse preoccupato di disporre espressamente che gli interventi riconducibili alle ipotesi derogatorie consentite dalla legislazione statale non potessero, comunque, comportare un aumento di volumetria.

In ogni caso, è solo in riferimento alla necessaria ragionevolezza dell’intervento legislativo regionale (rispetto al quadro di disciplina statale, da un lato, ed alle finalità riconducibili alla normazione sub-statale, dall’altro), più che ad un parametro di secca conformità/differenza rispetto alle fattispecie enumerate nei primi due commi dell’art. 6, che appare possibile conciliare un effettivo potere di deroga normativa esercitabile a livello regionale con l’intrinseca esigenza di non poter considerare, com’è ovvio, i principi fondamentali della materia contenuti nel d.p.r. n. 380/01 come una disciplina cedevole, in evidente violazione di quanto disposto dall’art. 117, c. 3 Cost.

D’altro canto, non si può nemmeno trascurare come le stesse definizioni degli interventi edilizi siano già state oggetto, in qualche misura, della legislazione regionale che ha introdotto, in particolare, ora nozioni specifiche proprie³⁵, ora peculiari caratterizzazioni o semplificazioni di quanto previsto a livello statale³⁶, così come evidenziato da attenta dottrina³⁷, anche al fine precipuo di circoscrivere meglio le attività che non richiedono uno specifico titolo abilitativo.

In altre parole, la Corte, nel sindacare il potere di deroga regionale volto a “rimodulare” l’individuazione delle opere sugli immobili riconducibili al regime di “edilizia libera”, avrebbe potuto anche adottare un approccio meno “rigido” e più in sintonia con le logiche proprie del

³² Nel caso specifico, gli appostamenti fissi per la caccia non potevano essere ragionevolmente considerati assimilabili, così come sosteneva la difesa regionale, alle serre mobili stagionali, prive di una struttura in muratura e, sostanzialmente, funzionali allo svolgimento dell’attività agricola. Tutto ciò si risolveva, dunque, nel fatto che il regime derogatorio traeva legittimazione dalla mobilità delle serre, ovvero da un requisito di cui risultava privo l’appostamento “fisso”.

³³ Così nella [sent. n. 139/13](#) (Punto 4 delle *Considerazioni in diritto*), e poi puntualmente ripreso al [Punto 2.2 delle motivazioni in diritto della sent. n. 231/16](#).

³⁴ Nel caso di specie si trattava di palchi ed appostamenti fissi per cacciatori disciplinati dalla legge della Regione Veneto n. 25/12.

³⁵ Si pensi, ad es., alla previsione del “restauro scientifico” contenuta nell’allegato alla legge della Regione Emilia-Romagna n. 31/02 (di cui costituisce parte integrante ai sensi dell’articolo 6, c. 1 della stessa legge) in cui si definiscono gli “interventi edilizi”.

³⁶ V., tra gli altri, l’art. 27 della legge della Regione Lombardia n. 12/05, o l’art. 3 della legge della Regione Umbria n. 1/04.

³⁷ V. E. MITZMAN, *La Corte costituzionale conferma i limiti della ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione: le definizioni degli interventi edilizi come principi fondamentali della legislazione statale, tra governo del territorio e tutela del paesaggio nazionale*, in *Le Regioni*, 2012, 363 ss.

giudizio di ragionevolezza, rivolto ai possibili effetti prefigurati dalle scelte concretamente adottate dal legislatore regionale in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti, piuttosto che “cristallizzare” l’intero corpo delle previsioni statali come un ambito proprio dei principi fondamentali della materia *tout court*, completamente precluso all’intervento regionale.

La Corte stessa avrebbe potuto, forse, focalizzare maggiormente la sua attenzione, in particolare, sull’impatto potenziale, in termini non meramente formali, della nuova disciplina rispetto alla tutela dell’interesse pubblico “unitario” (che pure sarebbe potuto risultare irragionevolmente inciso), da un lato, ed alla legittimità e/o salvaguardia degli interessi “locali” (i quali, d’altro canto, sarebbero potuti risultare “ragionevolmente coerenti”), dall’altro, anche perché, a differenza di precedenti casi già oggetto del suo giudizio³⁸, le disposizioni censurate sembravano escludere esiti palesemente “irragionevoli”, preoccupandosi, in particolare, di evitare di ricondurre al regime di “edilizia libera” opere che avrebbero comportato un impatto significativo sul territorio, quali gli interventi sugli immobili in grado di creare nuova volumetria (anche attraverso la realizzazione di meri vani tecnici).

In tale prospettiva se appare condivisibile il rilievo, rimarcato dalla Corte, e che si è già avuto modo di richiamare³⁹, secondo cui non può essere sottratto allo Stato il compito ed il potere «di determinare quali trasformazioni del territorio siano così significative da soggiacere comunque a permesso di costruire», in nome dell’esigenza sostanziale, prima ancora che formale, di individuare, nell’ambito della disciplina edilizia, un “nucleo non differenziabile” di tutela degli interessi pubblici coinvolti, idoneo a limitare la legislazione regionale ed a contenere la “pressione” ed una irragionevole espansione degli interessi locali (pubblici e privati), risulta meno condivisibile che le Regioni non possano incidere (“ragionevolmente”) su ipotesi di intervento edilizio dall’impatto limitato (quali quelli di manutenzione), che lo stesso legislatore statale ha reso esplicitamente oggetto di una possibile deroga a livello regionale, proprio al fine di “semplificarne” gli adempimenti amministrativi necessari.

E ciò anche in considerazione di un rilievo di carattere generale (ma tutt’altro che meramente incidentale o teorico) che sembra porsi sullo sfondo delle considerazioni sin qui effettuate, e che investe, tra l’altro, la stessa natura e funzione dei poteri legislativi regionali di tipo concorrente in materia edilizia. Tale rilievo riguarda, fondamentalmente, l’accettazione (tutt’altro che scontata o pacifica) del principio secondo cui il potere di determinare quali trasformazioni del territorio siano significative e quali non lo siano (in relazione alle scelte urbanistiche da adottare) spetti, in assoluto, al livello di legislazione statale, sul presupposto che solo quest’ultimo offrirebbe le migliori garanzie di tutela dell’interesse pubblico generale in quanto contrapposto tanto agli interessi (particolari) dei privati, quanto a quelli dei territori locali⁴⁰, senza considerare, invece, come, alla luce dell’art. 5 Cost. (ma, anche, dell’art. 114 Cost. con cui si “apre” il Titolo V della Parte seconda della Costituzione), anche le autonomie siano chiamate, nei limiti della loro sfera di competenza, ma senza dimenticare che sono espressione delle comunità di riferimento, a concorrere all’individuazione, oltre che alla concreta salvaguardia, dell’interesse pubblico generale, nella prospettiva più autentica e coerente dello Stato regionale delineato dalla nostra Carta costituzionale.

Su tali presupposti, più in particolare, se la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 6, c. 3 della legge della Regione Liguria n. 12/15, cui è giunto il Giudice delle leggi a conclusione del suo ragionamento, per taluni versi, sembra voler riaffermare e consolidare un’impostazione e dei principi già messi a fuoco dalla giurisprudenza precedente (molto attenta a salvaguardare la “tenuta” della legislazione statale in materia), per altri, finisce col destare non poche perplessità in ordine alla concreta definizione degli “spazi” di normazione affidati al legislatore regionale, *in*

³⁸ Come, ad esempio, nel caso sollevato, in particolare, in occasione della [sent. n. 139/13](#) cui si è già avuto modo di fare riferimento, o, anche, in quello oggetto della [sent. n. 309/11](#) (v., in merito, la nota di E. MITZMAN, *op. cit.*).

³⁹ V. la nota n. 30.

⁴⁰ In tale prospettiva, infatti, anche i “territori” sembrano essere portatori di interessi in qualche modo “particolari” rispetto a quello tutelato a livello statale.

primis in relazione al potere di deroga di quest'ultimo, previsto dalla disciplina statale "di principio", ed al più ampio potere legislativo regionale in materia di "governo del territorio".

5. Alcune brevi considerazioni finali

"A valle" della disamina svolta, volendo mettere a fuoco alcune brevi considerazioni finali (o, per meglio dire, "di sintesi"), possiamo rilevare che la pronuncia in questione, sotto il profilo specificamente approfondito in questa sede, se, ad una prima lettura, sembra porsi (o forse, più correttamente, *sembra volersi porre*), in sostanziale continuità con un orientamento giurisprudenziale che appare per molti versi consolidato in ordine alla concreta definizione del riparto "verticale" delle competenze legislative riguardanti la disciplina degli interventi di "manutenzione" degli immobili, ad un esame più attento sembra segnare, invece, un approccio di tipo parzialmente nuovo (quantomeno sotto il profilo ermeneutico se non proprio sotto quello logico-formale) alla problematica affrontata.

Tale approccio, appare fondato, in generale, su di una presupposta schematizzazione "rigida" (e tutt'altro che priva di ambiguità e di intrinseche criticità) dei rapporti tra competenze in materia, il quale sembra rendere ancor più problematica (*rectius*: meno rispettosa della autonomia regionale) la concreta e coerente individuazione dei "punti di equilibrio" tra legislazione statale e legislazione regionale nella disciplina dell'attività edilizia.

Nel corso della presente disamina è emerso come tale esito sembri trarre origine da un approccio della Corte al dato positivo⁴¹ di tipo fondamentalmente formalistico (che sembra fondarsi sulla netta distinzione e contrapposizione tra *disposizioni* "di principio" e *disposizioni* "non di principio"), da cui deriverebbe una sostanziale e, per certi versi, ingiustificata "chiusura" agli interventi normativi di livello regionale rivolti alla individuazione delle fattispecie da ricondurre alle opere di "edilizia libera" (e destinati ad incidere, di riflesso, sul regime dei titoli abilitativi necessari per la realizzazione delle stesse), che pure sembrano essere consentiti (ove sviluppati, come ovvio, nel rispetto dei limiti previsti) dallo stesso legislatore statale dal momento che quest'ultimo sembra avere espressamente riconosciuto alle Regioni un potere di (parziale) deroga di quanto previsto dal Testo unico.

La Corte, in particolare, per giungere alla declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni censurate, pur richiamando orientamenti già adottati e "consolidati" nel corso di una giurisprudenza ormai decennale, ha finito col ritenere illegittime le previsioni, contenute nella legge regionale, che intendevano ampliare le fattispecie riconducibili agli interventi di c.d. "edilizia libera", non in quanto frutto di un "esercizio irragionevole" del potere di deroga riconosciuto in capo alle Regioni al fine di "specificare" e "semplificare" quanto previsto a livello statale in merito alla predetta attività edilizia, così come sembrava aver fatto in occasione della [sent. n. 139/13](#), ma perché lesive di previsioni considerate *tout court*, ed "in blocco", come norme "di principio", ancorché parzialmente derogabili (in teoria).

L'effetto che ne deriva, prima ancora dell'annullamento delle disposizioni censurate, sembra essere stato non solo quello di rendere meno "fluidi" e dinamici i rapporti tra la legislazione "di principio" e quella "di dettaglio", ma anche quello di contrarre ulteriormente gli spazi normativi lasciati al legislatore regionale, il quale, se aveva dovuto prendere atto (comprensibilmente, se non proprio opportunamente), con la [sent. n. 139/13](#), che non poteva "semplificare" *ad nutum* il regime dei titoli abilitativi, giungendo a sacrificare irragionevolmente l'interesse pubblico unitario individuato a livello statale, con la sentenza in commento lo "stesso" legislatore regionale (sia pure ligure e non veneto, questa volta) ha dovuto registrare, più discutibilmente, il venir meno meno, in maniera "secca", la possibilità effettiva di semplificare il regime degli adempimenti a cui è

⁴¹ Si fa riferimento innanzitutto alle previsioni contenute nel Testo unico delle disposizioni in materia edilizia, considerate *tout court* come "principi" della materia, ma, per certi versi, anche a quelle contenute nella legge regionale censurata, considerate idonee a modificare i principi fondamentali posti dalla legislazione statale.

vincolata la realizzazione delle opere edilizie (e, segnatamente, di quelle dall'impatto molto contenuto sul territorio). Ogni deroga e/o semplificazione di quanto previsto dal Testo unico finirebbe, infatti, col costituire una potenziale violazione della legislazione "di principio", così come inquadrata e "cristallizzata" nella sentenza stessa.

D'altra parte, una prospettiva, sostanzialmente più "aperta" alle istanze di autonomia regionale in materia potrebbe essere offerta da un approccio che non consideri la disciplina censurata come un "ambito" sottratto *in toto* ad una differenziazione di livello regionale, così come sembra discendere, più o meno esplicitamente, dalle argomentazioni della Corte, ma che riconosca un carattere *lato sensu* "cedevole" a quella parte (di sostanziale "dettaglio") della disciplina stessa che si occupa delle opere che è possibile ricondurre ad un regime "semplificato" di autorizzazioni (quale quello proprio dell'edilizia "libera"), sia pure col vincolo che ciò risulti "ragionevolmente" coerente con l'impianto e le finalità generali fissati dal legislatore statale.

Su tali presupposti, dunque, va rilevato come, anche alla luce del richiamato potere di deroga specificamente considerato, sia proprio il rapporto tra la disciplina "di principio" e la disciplina "di dettaglio" relative al "governo del territorio" a mostrare una intrinseca ed irrisolta problematicità, la quale finisce col far sì che siano rimessi sempre in discussione gli esiti di una giurisprudenza costituzionale fondamentalmente costante nei riferimenti teorici e nelle ricostruzioni dommatiche, ma, evidentemente, non del tutto soddisfacente sotto il profilo dei rapporti tra livelli di normazione, dal momento che gli spazi di legislazione regionale, in siffatti ambiti, risultano oltremodo "compressi", se non proprio esautorati, da "principi" statali inidonei, in ultima istanza, ad avere un adeguato svolgimento normativo a livello sub-statale.

Otto Pfersmann*
Marine Le Pen programme le coup d'Etat**

La possibilità di elezione della candidata del partito di estrema destra desta giustamente inquietudine, ma forse non si ha l'esatta percezione del pericolo. In effetti, questa candidata non potrà così semplicemente mantenere le sue promesse restando nella legalità. Tanto che il suo reale intento consisterebbe probabilmente nel non rispettarla. Del resto, la lettura delle sue proposte ci induce a pensarlo.

L'estrema personalizzazione della campagna presidenziale fa curiosamente dimenticare il suo più peculiare paradosso, ossia che i candidati esibiscono un programma legislativo per la cui attuazione la Costituzione a rigore non offre loro alcun mezzo. La Quinta Repubblica sembra aver assuefatto gli elettori a pensare – ma a torto – che la presidenza si trascini appresso una maggioranza parlamentare il cui impegno sarà di realizzare ubbidientemente gli obiettivi legislativi del nuovo capo dello Stato. E in effetti, il panorama politico francese sembrerebbe ormai saldamente bipolare e “in fase” con l'ultimo presidente eletto.

Si tratta tuttavia di un mito. Non è stato così in passato e lo sarà meno nel 2017. Anche quando le elezioni parlamentari hanno permesso di dar vita ad una maggioranza favorevole al presidente, questa si è vaporizzata assai presto, non permettendo ai programmi presidenziali di essere realizzati e rendendo così impotenti i Capi dello Stato. Nell'attuale deterioramento dei partiti tradizionali e con la presenza relativamente debole – anche se crescente - di partiti protestatari, la futura Assemblea nazionale sarà, poi, ancor meno in grado, rispetto alle precedenti, di produrre una maggioranza coesa al servizio di un presidente. Chiunque vinca le elezioni presidenziali dovrà vedersela con ingenti difficoltà per formare il governo e con ostacoli ancora più considerevoli per fare andare avanti un qualsiasi programma presidenziale.

Questa circostanza è nota agli altri candidati, che si danno da fare nei collegi per cercare di assicurare alle elezioni politiche una maggioranza ed un sostegno al Primo Ministro che si prenderà la briga di realizzare quelle promesse che un presidente non ha alcun potere di mantenere. La candidata dell'estrema destra sa benissimo che questa strategia comune a tutti presidenti della Quinta Repubblica è per lei proibitiva, dal momento che è inimmaginabile che il suo partito ottenga una maggioranza all'Assemblea, anche se lei venisse eletta presidente. Non lo ignora affatto, dato che “pensa” già per la carica di primo Ministro a qualcuno che non sarà del suo stesso partito. Una tale consapevolezza dovrebbe del pari convincerla ad un atteggiamento prudente circa la promesse elettorali che non potrebbe realizzare.

In luogo, però, di una siffatta prudenza, si rileva un'esorbitante temerarietà. A parte le numerose iniziative per cui necessiterà del concorso parlamentare – che peraltro non avrà - essa ha nientemeno in animo di riformare la Costituzione (cfr., i punti 1, 2, 7, 8, 92, 95, e indirettamente 10, 61, 126, 138 dei suoi “144 impegni presidenziali”). E di farlo tramite “referendum”. Essa resta tuttavia abbastanza

* *École des Hautes Études en Sciences Sociales. Établissement d'enseignement supérieur à Paris, France.*

** Il 6 marzo 2017 (!) avevo proposto un testo al giornale *Le Monde* che mi ha rinviato le righe seguenti:

“Il team delle pagine ‘Dibattiti’ ha ricevuto il suo punto di vista. L’abbiamo letto con attenzione e la ringraziamo dell’interesse che porta alle pagine ‘Dibattiti’ di Le Monde. Vorremmo che continuasse a riservarci il suo articolo. Appena una data sarà fissata per la sua pubblicazione nel giornale e/o nel sito web, la informeremo. Distinti saluti.

Il team dei Dibattiti”

Ad un giorno dal primo turno delle elezioni presidenziali (22 aprile 2017), l'articolo non è stato pubblicato e molto probabilmente non lo sarà mai. Lo sottopongo qui all'attenzione degli amici e colleghi costituzionalisti italiani, certamente non per convincerli, ma allo scopo di informarli su ciò che i giornali non pubblicano, malgrado le loro promesse in una situazione inedita nella storia della Quinta Repubblica.

vaga circa i mezzi che avrebbe l'intenzione di utilizzare a tal scopo. Contrariamente a quanto vorrebbe fare credere e ad un modo di pensare estremamente diffuso, la Costituzione non si può modificare direttamente per via referendaria. La Francia non è una dittatura plebiscitaria. La celebrazione di un *referendum* esige preliminarmente, ex [art. 89, comma 2, della Costituzione](#), una votazione sullo stesso identico testo da parte dei due rami del Parlamento. Ora la candidata non potrà contare su una maggioranza all'Assemblea Nazionale, mentre non ha alcun eletto al Senato. È, pertanto, più che improbabile che le due assemblee approvino il testo di revisione costituzionale da lei proposto: ciò che costituirebbe la sola condizione per avviare sullo stesso testo un *referendum* in un secondo momento. Il programma presidenziale non ha dunque alcuna possibilità di essere realizzato. Tale programma gravita principalmente sul piano antieuropeista della sua visione del mondo, ma la partecipazione della Francia all'Unione europea è inscritta nella Costituzione. Anche se fosse eletta, dunque, non potrebbe cambiare nulla al proposito.

Non resterebbe che un'altra strada, che non lo è propriamente, ma che potrebbe esserle venuta in mente, ossia il famoso passaggio attraverso l'[art. 11 Cost.](#), che consente di sottoporre un testo legislativo a *referendum* senza intervento parlamentare. Ma, malgrado una sua certa fluidità letterale, l'articolo non si applica appropriatamente alla revisione costituzionale prevista dall'[art. 89](#), anche se ciononostante venne a suo tempo utilizzato dal generale De Gaulle per introdurre l'elezione del presidente della Repubblica a suffragio universale diretto.

Si è trattato di un colpo di Stato. De Gaulle aveva, peraltro, dalla sua, la legittimazione politica di fondatore del regime che intendeva modificare a suo vantaggio. Egli poté permettersi di provocare una crisi costituzionale che il voto popolare risolse in suo favore e che il [Consiglio costituzionale](#) non ebbe il coraggio, all'epoca, di sottoporre a controllo. Attualmente non si danno simili condizioni. Il FN non ha assolutamente la legittimazione del fondatore della Quinta Repubblica, essendosi anzi sempre opposto sempre a tale regime. Giuridicamente irricevibile, un'iniziativa simile non avrebbe neanche supporto politico.

I programmi degli altri candidati possono essere messi in discussione quanto alla loro fattibilità economica o alla loro opportunità politica e sociale. Il programma della candidata dell'estrema destra è invece strutturalmente irrealizzabile se non perpetrando un colpo di Stato. Votarlo significherebbe assecondare una rottura della legalità repubblicana.

Ilaria Rivera*

Il referendum del 23 giugno 2016 e la Brexit: possibili scenari evolutivi nel processo di integrazione europea

SOMMARIO: 1. *Il referendum del 23 giugno del 2016 sulla c.d. Brexit.* - 2. *Dalla Nuova Intesa del Regno Unito nell'Unione europea alla Brexit: la lunga marcia di David Cameron.* - 3. *La Brexit e le amministrazioni locali: alla ricerca di possibili soluzioni per la permanenza nell'Unione europea al di fuori del Regno Unito.* - 4. *Le dimissioni del Premier Cameron e l'incarico di Theresa May nel solco dell'attivazione della procedura di recesso della Gran Bretagna dall'Unione europea.* - 5. *La procedura di recesso ex art. 50 TUE e la notifica al Consiglio europeo: aspetti procedurali e ricadute metodologiche.* - 6. *Il principio della sovranità parlamentare alla prova della procedura di recesso del Regno Unito dall'Unione europea.* - 7. *Le ricadute della Brexit nei rapporti tra UK e UE: scenari evolutivi di un rapporto "da definire".* - 8. *Il referendum popolare come espressione di disaffezione per il progetto di integrazione europea tra scetticismi e nazionalismi-* 9. *Alcune considerazioni conclusive. Il progetto di integrazione europea nel tentativo di composizione dei popoli d'Europa.*

1. Il referendum del 23 giugno del 2016 sulla c.d. Brexit

Il 23 giugno del 2016 si è svolto il *referendum*⁹¹ sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea (c.d. Brexit⁹²). Il quesito - modificato a seguito delle indicazioni formulate dall'*Election Commission* - sostituiva la formulazione "yes vs. no" con quella che contrapponeva il "remain" (al contrario della formulazione "stay" utilizzata nel 1975 proprio in occasione del *referendum* sulla permanenza del Regno Unito nell'allora Comunità europea) contro il "leave".

Il *referendum* del 23 giugno è stato promosso dall'allora Premier e leader del partito conservatore David Cameron⁹³, che ne aveva annunciato l'indizione in occasione del Manifesto Conservatore del 2015 in vista delle elezioni politiche dello stesso anno. In particolare, Cameron aveva chiarito che l'esito negativo del *referendum*, nel senso di segnare la volontà del popolo britannico di uscire dall'Unione europea, avrebbe determinato le sue dimissioni (anche se non sono mancate occasioni nelle quali l'ex Premier abbia manifestato l'intenzione di autocandidarsi a guidare la procedura di negoziazione dell'eventuale fase successiva alla Brexit).

Per comprendere la vicenda nella sua intrinseca complessità, occorre partire dalla stipula da parte del Regno della "Nuova Intesa per il Regno Unito nell'Unione europea"⁹⁴, le cui trattative hanno

*Assegnista di ricerca in *Juridical Sciences* – LUISS Guido Carli.

⁹¹ Le modalità di svolgimento di *referendum* sono disciplinate dallo *European Union Referendum Act* del 2015. In base a quanto stabilito dallo *European Union Act* del 2011, ogni modificazione delle competenze, nel senso di attribuzione all'Unione europea, avrebbe dovuto essere approvata tramite referendum, anche se nel caso di specie non viene in rilievo una questione di rideterminazione delle competenze tra Unione europea e Stato membro. Sul punto, cfr. P. GRAIG, *The European Union Act 2011: locks, limits and legality*, in (2011) 48 *Common Market Law Review*, Issue 6, 1915–1944.

⁹² Sul punto, nella vasta letteratura, B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in Federalismi.it, 13/2016; C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, ibid; E. PALICI DI SUNI, *I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa?*, in DPCEonline, 2/2016.

⁹³ Per la ricostruzione dei principali passaggi che hanno dettato la campagna referendaria portata avanti da David Cameron al fine di promuovere una "Britain stronger in Europe" attraverso il messaggio che il Regno Unito sarebbe diventato "stronger, safer and better off", si vedano le riflessioni di A. MENON, J.P. SALTER, *Brexit: initial reflections*, in *International Affairs* 92: 6 (2016), 1297-1318, spec. 1307 ss.

⁹⁴ Per un commento, tra gli altri, cfr. G. ROSSOLILLO, *Patti chiari, amicizia lunga: l'accordo sullo status del Regno Unito nell'Unione europea*, in SIDIBlog, 29 febbraio 2016; A. DUFF, *Britain's special status in Europe: A comprehensive assessment of the UK-EU deal at its consequences*, Policy Network Paper, London, 2016. Si tratterebbe, in buona sostanza, di una sorta di pre-accordo circa la possibilità di verificare l'acquisto di (ulteriori) condizioni di favore nei riguardi dell'Unione europea.

avuto inizio nel 2015 e hanno trovato esplicita formalizzazione in occasione del Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016. Come specificato dal Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk, questa non era certamente configurabile come decisione giuridicamente vincolante – destinata a non trovare attuazione in caso di formalizzazione del recesso da parte della Gran Bretagna - con la quale, ad ogni modo, si riconosceva uno *status* (ulteriormente) privilegiato⁹⁵ al Regno Unito in quattro settori: materia finanziaria, sovranità⁹⁶, *welfare state* e immigrazione.

Come specificato nelle Conclusioni adottate dal Consiglio europeo, l'intesa raggiunta con il Regno Unito era volta ad assicurare a quest'ultimo ulteriori⁹⁷ garanzie nel senso di mantenere una condizione differenziata – se non, appunto, privilegiata – circa l'attuazione delle politiche europee. Occorre, al tal riguardo, sottolineare la questione sollevata dalla Gran Bretagna e recepita nell'Intesa relativa alla sovranità, al fine di incrementare il ruolo assunto dai Parlamenti nazionali nel processo di formazione degli atti europei. In tal senso, è stata prevista la possibilità per il legislatore nazionale di valutare nel termine di dodici settimane i progetti di atti normativi europei per la verifica dell'osservanza del principio di sussidiarietà⁹⁸. D'altra parte, aspetto particolarmente rilevante, che ha costituito oggetto di acceso dibattito dottrinario, è quello riguardante la politica migratoria, non tanto per i risvolti pratici nella gestione degli stranieri extracomunitari quanto, piuttosto, per le implicazioni verso i cittadini europei residenti nel Regno Unito, nei confronti dei quali è stato previsto, nell'Intesa così raggiunta, il progressivo aumento delle possibilità di accesso ai benefici lavorativi e previdenziali a partire dai primi quattro anni di permanenza nel territorio britannico⁹⁹.

La trattativa e la conseguente adozione di tali misure, come evidente, rivelavano un atteggiamento di aperta diffidenza del Regno Unito nei riguardi della creazione di un "even closer Union", confermando l'orientamento assunto in ordine al processo di integrazione europea sin dalla sua partecipazione allo stesso con l'approvazione dello *European Community Act* del 1972.

⁹⁵ Come si specifica nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016, "trattati, insieme ai riferimenti al processo di integrazione europea e al processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, contengono altresì disposizioni specifiche secondo le quali alcuni Stati membri hanno il diritto di non partecipare o sono esentati dall'applicazione di talune disposizioni o capi dei trattati e del diritto dell'Unione per quanto concerne questioni quali l'adozione dell'euro, decisioni che hanno implicazioni in materia di difesa, l'esercizio di controlli sulle persone alle frontiere, nonché misure relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Le disposizioni dei trattati consentono inoltre la non partecipazione di uno o più Stati membri ad azioni tese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare attraverso l'istituzione di cooperazioni rafforzate".

⁹⁶ Vedi sezione C della Nuova Intesa per il Regno Unito nell'Unione europea che stabilisce espressamente, al punto 1, che "Si riconosce che il Regno Unito, alla luce della sua particolare situazione conformemente ai trattati, non è vincolato a prendere parte a un'ulteriore integrazione politica nell'Unione europea. Gli aspetti di merito di quanto precede saranno integrati nei trattati in occasione della loro prossima revisione conformemente alle pertinenti disposizioni dei trattati e alle rispettive norme costituzionali degli Stati membri, in modo da rendere chiaro che i riferimenti a una unione sempre più stretta non si applicano al Regno Unito".

⁹⁷ Oltre alle già acquisite condizioni di *opt-out* circa il mantenimento della sterlina e l'Accordo Schengen sulla libera circolazione delle persone. Per un approfondimento sulla partecipazione del Regno Unito alla Convenzione di Schengen, anche nei pronunciamenti dei giudici di Lussemburgo, si veda V. BAZZOCCHI, *L'acquis di Schengen e la posizione del Regno Unito nelle recenti pronunce della Corte di giustizia*, in europeanrights.eu.

⁹⁸ Cfr. punto 3: "Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo dell'Unione, inviati entro 12 settimane dalla trasmissione del progetto, rappresentino più del 55 % dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, la presidenza del Consiglio iscriverà il punto all'ordine del giorno del Consiglio affinché si svolga una discussione esauriente su tali pareri e sulle conseguenze da trarne.

A seguito di tale discussione, e nel rispetto delle disposizioni procedurali dei trattati, i rappresentanti degli Stati membri che agiscono in qualità di membri del Consiglio interromperanno l'esame del progetto di atto legislativo in questione, a meno che il progetto non sia modificato per rispondere alle preoccupazioni espresse nei pareri motivati.

Ai fini del presente paragrafo, i voti attribuiti ai parlamenti nazionali sono calcolati a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del protocollo n. 2. I voti dei parlamenti nazionali degli Stati membri che non partecipano all'adozione dell'atto legislativo in questione non sono tenuti in conto".

⁹⁹ Peraltro, si specifica che "La limitazione dovrebbe essere regressiva, evolvendo da una completa esclusione iniziale a un accesso gradualmente crescente a tali prestazioni per tener conto del crescente collegamento del lavoratore con il mercato del lavoro dello Stato membro ospitante. L'autorizzazione avrebbe durata limitata e si applicherebbe ai lavoratori nuovi arrivati nell'UE per un periodo di 7 anni".

2. Dalla Nuova Intesa del Regno Unito nell'Unione europea alla Brexit: la lunga marcia di David Cameron

Una volta raggiunto l'accordo con il Consiglio europeo, la scelta di Cameron di arrivare al referendum popolare sulla c.d. "Brexit", in realtà, più che mirare all'uscita della Gran Bretagna dall'UE, avrebbe dovuto perseguire lo scopo opposto. In particolare, proprio la vicenda referendaria scozzese del 2014 circa la permanenza nel Regno Unito¹⁰⁰ che aveva determinato la vittoria del "No" con il 55% dei voti avrebbe dovuto portare il Premier Cameron a valutare con attenzione l'ipotesi di precedere concretamente all'annunciato referendum. D'altra parte, il raggiungimento della Nuova intesa con il Consiglio europeo avrebbe dovuto essere motivo per Cameron per condurre una propaganda organica e sistematica sull'opportunità non solo politica ma anche giuridica circa la permanenza in Europa. Al contrario, sembra potersi imputare al Leader del Partito conservatore la mancata valorizzazione delle "conquiste" ottenute in sede europea in settori di particolare interesse e da sempre guardati con scrupolo nell'ordinamento inglese, ossia la *governance* economica, l'Unione monetaria e la protezione della sovranità nazionale.

La scelta di dare seguito alle intenzioni manifestate nell'ambito delle recenti elezioni politiche del 2015 ha determinato poi un'accesa campagna propagandistica nella quale il fulcro delle argomentazioni proposte riposava sulla importanza della permanenza dello Stato nell'Unione europea. Tuttavia, proprio la spaccatura interna al partito conservatore¹⁰¹ (che ha portato lo stesso Cameron a riconoscere ai propri Ministri la libertà di voto "secondo coscienza" al referendum), nonché il rafforzamento in seno al Parlamento europeo – sebbene nel Parlamento inglese con un solo deputato - del partito indipendentista Ukip di Farage, promotore di un robusto filone antieuropeista, e, da ultimo, la debole campagna per il "Remain" promossa all'interno del partito laburista da Jeremy Corbyn¹⁰² (peraltro, piuttosto isolato a causa della iniziale sfiducia¹⁰³ manifestata dagli stessi membri del proprio partito), hanno portato, attraverso l'esasperazione dei toni euroscettici, da una parte, e filoeuropeisti, dall'altra, ad una campagna piuttosto confusionaria. Sicuramente ha costituito un fattore determinante nella sua peculiarità il fatto di aver incluso nel voto i cittadini del Commonwealth residenti nel Regno Unito, escludendo, invece, i cittadini dell'Unione europea residenti nel Regno Unito nonché i cittadini britannici residenti all'estero da più di quindici anni¹⁰⁴.

Come sottolineato da taluni Autori, l'esito referendario sembra esser stato dettato in gran parte dalla scarsa e, soprattutto, inesatta informazione circa i vantaggi che sarebbero potuti derivare dall'abbandono del Regno Unito dell'Unione europea.

¹⁰⁰ Per un commento sul risultato referendario e sulle reazioni politiche al voto, si veda G. CARVALE, *Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds*, in Federalismi.it, 18/2014.

¹⁰¹ Cfr. J. SMITH, *The European dividing line in party politics*, in (2012) *International Affairs* 88: 6, 1277-1295.

¹⁰² In un discorso tenuto presso l'University of London's Senate House, il leader del partito laburista specificava di essere contrario a molte decisioni prese in sede europea e, d'altra parte che "a vote to remain is in the best interests of the people of this country," aggiungendo che "The EU, warts and all, has proved itself to be a crucial international framework to do that" e che "Europe needs to change. But that change can only come from working with our allies in the EU. It's perfectly possible to be critical and still be convinced we need to remain a member,".

¹⁰³ Jeremy Corbyn ha vinto l'elezione interna al Partito Laburista britannico, rimanendo segretario del partito e ottenendo il 61,8 per cento dei consensi.

¹⁰⁴ Sul punto, si vedano le riflessioni di A. GRATTERI, *Il diritto di voto dei cittadini britannici residenti all'estero nel referendum Brexit del 23 giugno*, in *Diritticomparati*, 5 maggio 2016. Ne rileva l'illogicità E. CANNIZZARO, *Democrazia a la carte e the future of Europe. Some thoughts on the Brexit and on the role of democracy in the process of integration. Il futuro dell'Unione Europea alla luce della sentenza del BVerfG sugli "OMT" e della Brexit*, in *Intlis*, 2/2016, 62, laddove osserva che, in realtà, "il referendum sulla Brexit, piuttosto che esemplificare il primato della volontà popolare, sembra enfatizzare, paradossalmente, i limiti del metodo democratico".

Anche il dato statistico registrato in occasione della consultazione popolare sembra confermare l'assunto, evidenziando come il livello di istruzione¹⁰⁵ abbia inciso considerevolmente sull'espressione referendaria, segnando un rapporto direttamente proporzionale alla permanenza nell'UE tra le classi con un maggior livello di istruzione e di formazione professionale.

D'altra parte, la netta scissione nell'ambito dell'espressione popolare è stata dettata anche dalla classe anagrafica. Infatti, a dettare la sconfitta del Remain sono stati essenzialmente i cittadini con età superiore ai 60 anni, probabilmente maggiormente inclini alla preservazione della sovranità nazionale e in aperto conflitto con il libero afflusso di lavoratori stranieri; al contrario, i giovani si sono essenzialmente schierati a favore della permanenza del Regno Unito nell'Unione europea, soprattutto perché i principali beneficiari delle politiche di coesione adottate in sede europea circa le possibilità di mobilità per studio e per il lavoro, nonché per le possibilità di riconoscimento dei titoli di studio acquisiti.

Altro dato significativo esaminato dagli analisti è quello che concerne la divisione dell'espressione di voto tra le quattro nazioni appartenenti al Regno Unito¹⁰⁶, rilevando una netta preferenza per il Remain in Scozia e nell'Irlanda del Nord e, al contrario, a favore del Leave da parte dell'Inghilterra (ma non di Londra) e del Galles. Proprio la differenza territoriale circa la delicata questione della Brexit aveva persuaso taluni commentatori a perseguire la strada di un secondo *referendum*¹⁰⁷, sulla scorta della considerazione che il voto espresso fosse frutto di un momentaneo intendimento popolare, peraltro esacerbato dai toni della campagna referendaria e dalle vicende che avevano portato all'omicidio della deputata laburista Jo Cox.

In realtà, però, una nuova consultazione popolare avrebbe rischiato di portare a due risultati diversi, la cui sintesi sarebbe stata difficilmente perseguibile. Non è mancato chi abbia proposto, per ovviare a questa problematica, la possibilità di prevedere lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni¹⁰⁸, che, però, a ben vedere, in base a quanto stabilito dal *Fixed Term Parliaments Act* 2011, è possibile solo nel caso di approvazione di una mozione di autoscioglimento da parte dei 2/3 dei componenti della *House of Commons* ovvero nel caso in cui non si riesca a formare un nuovo Governo decorsi quattordici giorni dall'approvazione di una mozione di sfiducia nei confronti del precedente esecutivo.

Ad ogni modo, l'indizione di un secondo *referendum*¹⁰⁹ non è apparsa la soluzione migliore, innanzitutto in ragione dell'elevato livello di partecipazione popolare – circa il 72, 2% - e, ad ogni modo, per l'illogicità su un ripensamento effettivo del popolo britannico sulla scelta espressa. D'altra parte, per superare il risultato raggiunto il 23 giugno, si è provato ad argomentare circa l'invalidità dello svolgimento del *referendum*¹¹⁰ sia per la mancata previsione di un *quorum* strutturale, ossia della necessaria partecipazione di una determinata fetta dell'elettorato, sia per la mancanza di un *quorum* funzionale, tale da subordinare in via definitiva il risultato al

¹⁰⁵ Per le considerazioni sul punto, si veda, tra gli altri, E. MOSTACCI, *Viaggio al termine della storia: brexit e il volto oscuro della globalizzazione*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 3/2016, 793.

¹⁰⁶ Per il dettaglio delle specifiche percentuali riportate, si rinvia a C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, cit., 3 ss.

¹⁰⁷ Cfr. G. MARTINICO, *La confusione regna "sovrana": riflessioni sul Brexit a pochi giorni dal voto del 23 giugno*, in *Dirittocomparati*, 27 giugno 2016, secondo il quale "il referendum nella storia dell'integrazione concede spesso il bis. È avvenuto in Irlanda e Danimarca, ad esempio in occasione della ratifica di alcuni Trattati europei".

¹⁰⁸ In questo senso, sebbene escluso espressamente dalla *littera legis*, cfr. J.O. FROSINI, *The High Court "Trumps" The May Government: La Sentenza R (Miller) V Secretary Of State For Exiting The European Union... E Adesso?*, in [DPCE online](#), 2/2016.

¹⁰⁹ Sulla possibilità di ricorrere ad un secondo referendum, si vedano, tra i molti, M. ELLIOT, *On Why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, all'indirizzo telematico <https://publiclawforeveryone.com/>; S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, all'indirizzo telematico <https://ukconstitutionallaw.org/>, 2016; G. G. CARBONI, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea*, in [DPCE online](#), 2/2016.

¹¹⁰ Pone in evidenza la problematicità della mancata previsione di quorum e delle successive modalità di seguito da parte del Governo e del Parlamento nello *European Union Referendum Act* 2015 G. CARVALE, *La "faglia" della Brexit*, in [Nomos](#), 2/2016, 3.

raggiungimento di una precisa soglia, ponderata, per alcuni, tra le quattro nazioni partecipanti al voto.

3. La Brexit e le amministrazioni devolute: alla ricerca di una possibile permanenza in Europa al di fuori del Regno Unito

Così delineato il quadro entro il quale si è mosso l'elettorato britannico, occorre sottolineare che la prevalenza del Leave (51, 9%) contro quella del Remain (48,1%) ha suscitato non poche perplessità nelle amministrazioni locali¹¹¹ e, soprattutto, in Scozia¹¹² che, già in virtù dello *Scotland Act del 1998*, seguito dall'approvazione dello *Scotland Act del 2016*, ha rivendicato un ruolo più significativo nelle decisioni assunte dall'amministrazione centrale. A seguito del risultato referendario, il primo ministro scozzese Sturgeon aveva annunciato l'intenzione di indire un nuovo referendum circa la permanenza della Scozia nella Gran Bretagna¹¹³ (a seguito di quello tenutosi il 18 dicembre 2014, che si era risolto con la netta prevalenza dei "no"). Tuttavia, la possibilità reale di perseguire una nuova consultazione referendaria sembra non aver avuto attuazione – e, con buona probabilità, non l'avrà neppure in un prossimo futuro – proprio per le difficoltà della Scozia di far valere una posizione autenticamente autonoma nelle trattative con le istituzioni europee, senza la mediazione di Westminster¹¹⁴. E ciò nonostante il fatto si sia operato il rafforzamento del Parlamento scozzese, attraverso l'approvazione dello *Scotland Act del 2016*, che ha portato alla definizione dell'organo assembleare come permanente, e sia stata espressamente introdotta la regola, dapprima affermata in via convenzionale, della *legislative consent motion*¹¹⁵ - in virtù della quale le questioni attinenti l'amministrazione locale scozzese nelle materie devolute approvate da Westminster avrebbero dovuto essere precedute da apposita mozione espressa dal Parlamento di Holyrood¹¹⁶.

La vicenda referendaria ha portato, peraltro, ad emersione la tendenza ad una torsione dell'espressione dei nazionalismi¹¹⁷ da sempre presenti nelle entità substatali a partire da processo devolutivi, tra cui quali, con particolare riguardo alla realtà scozzese, dello *Scottish National Party*. La rivendicazione di un ruolo autonomo nella determinazione delle questioni di politica delegate sembra aver giocato un ruolo significativo nel risultato del 23 giugno, nel desiderio per lo Stato scozzese di assumere una posizione autonoma nello scenario europeo, come dimostra inoltre il viaggio affrontato dalla Premier scozzese all'indomani del voto per verificare con i vertici europei la possibilità di instaurare rapporti *originari* (a prescindere, quindi, dall'Inghilterra).

¹¹¹ Ben evidenzia il dibattito politico che ha interessato le principali forze politiche in Scozia e in Irlanda del Nord a seguito dell'espressione del voto sulla Brexit E. TANNAM, *Brexit and the Future of the United Kingdom*, in *IAI, Working papers* 16/16 – July 2016, 8 ss.

¹¹² Per una ricostruzione della partecipazione della Scozia alle questioni di politica europea, anche per il tramite dell'amministrazione centrale, si veda G. CARVALE, *Scozia e Europa: scenari possibili*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello. Atti del convegno, Roma – Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015*, Milano, 2016, 528 ss.

¹¹³ Come evidenziato da A. GLENCROSS, *Why a British referendum on EU membership will not solve the Europe question?*, in (2015) *International Affairs* 91: 2, 315, il Partito nazionalista scozzese avrebbe potuto strumentalizzare la vittoria del Leave "as the grounds for rerunning the independence referendum".

¹¹⁴ La mozione, una volta approvata dal Parlamento di Edimburgo, deve essere sottoposta alla Camera dei Comuni e alla Camera dei Lords per ricevere infine il *placet* regio.

¹¹⁵ Secondo parte della dottrina, sarebbe consentito il ricorso ad un'apposita mozione approvata dal Parlamento scozzese per bloccare la procedura di recesso ovvero sarebbe riconosciuta in capo all'amministrazione delegata il potere di adire la Corte Suprema per far valere il mancato coinvolgimento nella procedura di abrogazione dell'ECA del 1972, a seguito della procedura di recesso.

¹¹⁶ Peraltro, è stata proposta da taluni la possibilità di ricorrere all'approvazione di una mozione parlamentare al fine porre un vero sulla procedibilità ai sensi dell'art. 50 TUE. Ipotesi, però, osteggiata da M. ELLIOTT, *Brexit. Can Scotland block Brexit?*, in *Public Law for Everyone*, 2016.

¹¹⁷ Al riguardo, cfr. G. FERRAIUOLO, *I nazionalismi periferici dopo la Brexit*, in *Osservatorio AIC*, 25 giugno 2016.

Nello stesso clima di scetticismo¹¹⁸ circa il voto del 23 giugno 2016, sembra attestarsi anche la scelta dell'Irlanda del Nord di indire un *referendum* per riunirsi all'Irlanda¹¹⁹; anche questa un'ipotesi solo ventilata e di fatto non perseguibile. Ipotesi anch'essa frutto di un malcelato disappunto nei confronti dell'amministrazione centrale, anche nella gestione delle trattative in materia di politica europea, ponendo quindi in discussione gli stessi Accordi del Venerdì Santo.

4. Le dimissioni del Premier Cameron e l'incarico di Theresa May nel solco dell'attivazione della procedura di recesso della Gran Bretagna dall'Unione europea

I malumori espressi in occasione della vittoria del Leave hanno portato, come anticipato, alle dimissioni di Cameron e alla sostituzione alla premiership e alla guida del partito conservatore. Fino al 1998, l'elezione del leader del partito conservatore veniva effettuata direttamente dal gruppo parlamentare di appartenenza; successivamente, sono stati previsti due passaggi: il primo, che prevede la consultazione del gruppo parlamentare – che avrebbe dissuaso Johnson a candidarsi alla leadership - al fine di scegliere due candidati, e il secondo che vede la votazione degli iscritti al partito che scelgono tra i due in ballottaggio. La scelta del candidato, parzialmente in deroga a quanto previsto, è ricaduta – senza passare per il consenso degli iscritti - sul ministro dell'interno dell'allora governo Cameron, Theresa May,¹²⁰ essenzialmente favorevole ad una politica filo-europeista, seppur con un accento più debole.

Il governo May si è distinto sin da subito per la presenza di un apposito Dipartimento per i rapporti post-Brexit (*Secretary of State for Exiting the European Union*), alla cui guida è posto David Davis. Parimenti, sempre nell'ottica di improntare il programma governativo anche alla risoluzione della questione post Brexit, il Ministro degli esteri Boris Johnson ha sottolineato, a più riprese, la necessità di dar seguito alla volontà popolare e di metterla in pratica, senza abbandonare di fatto i rapporti con l'architettura europea ma, semmai, ampliandoli.

Come espressamente dichiarato dal Premier uscente Cameron, anche a seguito delle sollecitazioni ricevute dai membri del Consiglio europeo in occasione della riunione informale del 28 e 29 giugno 2016¹²¹, l'effettiva attivazione della procedura di recesso¹²² dall'Unione europea,

¹¹⁸ Che ha portato, peraltro, a seguito del voto del 23 giugno, alla sentenza dell'Alta Corte di Belfast del 28 ottobre 2016, nella quale i giudici hanno statuito che in nessun modo gli Accordi del Venerdì Santo del 1998 possono in qualche modo giustificare il blocco della procedura attivata da Westminster ai sensi dell'art. 50 TUE, senza il preventivo assenso del Parlamento nordirlandese.

¹¹⁹ Possibilità auspicata, tra gli altri, dal leader del partito cattolico Sinn Féin, la cui attuazione, ai sensi del *North Ireland Act 1998*, non richiederebbe neppure l'autorizzazione del governo centrale.

¹²⁰ Occorre precisare che, di fatto, la May è stata l'unica candidata a concorrere alla guida del partito conservatore e alla premiership dopo il ritiro delle candidature di Leadsom e Crabb e dopo l'eliminazione di Gove e Fox, con la conseguenza che il Presidente del *1922 Chairman Committee* l'ha nominata direttamente Premier. La neo-incaricata May ha fin da subito mostrato rispetto per l'espressione popolare in occasione del referendum del 23 giugno, sottolineando, peraltro, che “The victors have the responsibility to act magnanimously. The losers have the responsibility to respect the legitimacy of the result. And the country comes together” e che “the country is coming together. Now we need to put an end to the division and the language associated with it – Leaver and Remain and all the accompanying insults – and unite to make a success of Brexit and build a truly Global Britain.”

¹²¹ In questa occasione, i 27 capi di Stato e di Governo, congiuntamente ai Presidenti della Commissione europea e del Consiglio europeo, hanno preso atto della decisione espressa dal popolo britannico, chiarendo che, in ogni caso, “L'esito del referendum del Regno Unito crea una situazione nuova per l'Unione europea. Siamo determinati a rimanere uniti e a lavorare nel quadro dell'UE per affrontare le sfide del ventunesimo secolo e trovare soluzioni nell'interesse delle nostre nazioni e dei nostri popoli. Siamo pronti ad affrontare tutte le difficoltà che possono sorgere dalla situazione attuale” (p.to 5).

¹²² Per il quale è necessario, a seguito della notifica dello Stato interessato, il consenso della maggioranza qualificata dei membri del Consiglio, ossia il 72% dei membri del Consiglio europeo che rappresentino almeno il 65% della popolazione, nonché l'approvazione del Parlamento europeo.

disciplinata dall'art. 50 TUE¹²³, sarebbe spettata al suo successore. Tale dichiarazione, come prevedibile, ha suscitato forti polemiche, soprattutto per la rapidità con quale si era giunti alla promozione del *referendum* popolare, che, stando alle intenzioni di Cameron, avrebbe dovuto aver luogo entro marzo 2017.

D'altra parte, anche l'annuncio, sempre in occasione della campagna elettorale portata avanti da David Cameron in vista delle elezioni politiche del 2015, aveva messo in evidenza un altro punto critico sulla posizione che avrebbe assunto la Gran Bretagna nel panorama europeo. Infatti, anche la previsione dell'abrogazione dello *Human Rights Act* del 1998¹²⁴, con il quale si è provveduto a recepire la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 nell'ordinamento britannico, e la prevista sostituzione con uno *UK Bill of Rights*¹²⁵ rivelano la progressiva insofferenza dell'ordinamento britannico ai dettami europei e convenzionali e la volontà di sottrarsi al controllo da parte delle relative Istituzioni.

Alla luce della convinta manifestazione di volontà del Premier Cameron di procedere quanto prima ad una ricostruzione del ruolo sovrano della Gran Bretagna negli equilibri politici e finanziari con l'Unione europea¹²⁶, la successiva titubanza mostrata all'atto di procedere alla notifica dell'intenzione di avviare la procedura di recesso ex art. 50 TUE ha determinato reazioni di

¹²³ “1. Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements.

2. A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union. That agreement shall be negotiated in accordance with Article 218(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. It shall be concluded on behalf of the Union by the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament.

3. The Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period.

4. For the purposes of paragraphs 2 and 3, the member of the European Council or of the Council representing the withdrawing Member State shall not participate in the discussions of the European Council or Council or in decisions concerning it. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

5. If a State which has withdrawn from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49”. Per una ricostruzione delle modalità di attivazione della procedura di cui all'art. 50 TUE, si vedano, *ex pluris*, M. VELLANO, *Art. 50*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, 150 ss.; A. DI RIENZO, *Art. 50*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, 404 ss.; C. HILLION, *Accession and Withdrawal in the Law of the European Law*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (eds.), *Oxford Handbook of European Law*, Oxford, 2015, 128 ss.; G. PHILLIPSON, *A Dive into Deep Constitutional Waters: Article 50, the Prerogative and Parliament*, in (2016) 79(6) *The Modern Law Review*: 1019–1089, 1064 ss.

¹²⁴ Cfr. C. NICOLOSI, *Brexit means... brevi considerazioni sull'eventuale uscita del Regno Unito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 5 ss, offre un parallelo tra la vicenda *Miller*, con la quale la Corte Suprema giunge ad affermare che l'abrogazione dell'ECA non può avvenire sulla sola base di una determinazione governativa ma richiede l'approvazione parlamentare, e l'eventuale abrogazione dell'HRA.

¹²⁵ Cameron ha più volte sottolineato nell'ambito della propria campagna elettorale l'importanza di recedere dal sistema convenzionale di tutela dei diritti umani, il cui controllo è attribuito alla Corte europea dei diritti dell'uomo, affermando l'importanza di tornare ai valori e ai diritti come sanciti dalla Magna Carta e sottolineando, peraltro, la pericolosità che l'interpretazione dei valori nazionali venga distorta alla luce dei principi espressi in ambito convenzionale europeo. In tal senso, ha dichiarato che “For centuries, Magna Carta has been quoted to help promote human rights and alleviate suffering all around the world. But here in Britain ironically, the place where those ideas were first set out, the good name of human rights has sometimes been distorted and devalued. It falls to us in this generation to restore the reputation of those rights – and their critical underpinning of our legal system. It is our duty to safeguard the legacy, the idea, the momentous achievement of those barons. And there couldn't be a better time to reaffirm that commitment than on an anniversary like this”, consultabile all'indirizzo telematico www.theguardian.uk, 15 giugno 2015.

¹²⁶ Cfr. B. NASCIBENE, *Il dopo Brexit. Molte incognite, poche certezze*, in *Eurojus.it*, 1 luglio 2016; P. SIMONE, *Brexit: Should They Go*, in *SIDIBlog*, 15 giugno 2016; P. BRINKSHAW, A. BIONDI (eds.), *Britain alone!: the Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the EU*, Alphen aan den Rijn, 2016.

disappunto da parte dei vertici delle Istituzioni europee. In particolare, nella Dichiarazione congiunta di Martin Schulz, Presidente del Parlamento europeo, Donald Tusk, Presidente del Consiglio europeo, Mark Rutte, presidente di turno del Consiglio dell'UE e Jean-Claude Juncker, Presidente della Commissione europea del 24 giugno 2016 - all'indomani, quindi, del voto sulla Brexit - questi ultimi, dopo aver sottolineato che i 27 Stati membri dell'Unione europea avrebbero proseguito il cammino di integrazione e di coesione economica e politica, hanno chiarito la propria posizione nel senso di agevolare la procedura di ratifica "as soon as possible" da parte del governo britannico per dar attuazione alla decisione popolare, al fine di evitare la strutturazione di una situazione di incertezza non solo giuridica, nella definizione dei rapporti tra lo Stato uscente e l'Unione europea, ma anche politica. Volontà, peraltro, ribadita in occasione del Consiglio europeo con i 27 leader degli Stati membri tenutosi a Bruxelles il 28 e il 29 giugno scorsi.

In questo senso, i vertici delle Istituzioni europee, congiuntamente con i capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri, sembrano essersi limitati a prendere atto della decisione del Regno Unito di recedere dall'UE, ferma restando la volontà di ribadire con chiarezza che, proprio di fronte alle rinnovate sfide¹²⁷, il processo di integrazione europea avrebbe trovato nuova linfa nel perseguimento degli obiettivi comuni stabiliti dai Trattati.

Nel successivo incontro informale dell'8 settembre 2016 tenutosi tra il Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk e la neocaricata Theresa May, è stata ribadita la necessità di procedere quanto prima all'attivazione della procedura di recesso, mediante la notifica da parte del governo britannico al Consiglio europeo, facendo "scattare", quindi, il termine di due anni per la negoziazione del recesso, salvo la proroga concessa dal Consiglio europeo, all'unanimità, di comune accordo con lo Stato uscente. A seguito di tale incontro, la Premier britannica ha espresso l'intenzione di avviare i negoziati per il recesso entro marzo del 2017, notizia salutata con favore dai leader e dalle Istituzioni europee.

Da ultimo, in occasione della riunione del 15 dicembre 2016, sono state dettate le linee guida da seguire nel tracciato per il recesso dall'UE, designando, nell'ambito del Consiglio europeo, il Consiglio "Affari Generali" per l'apertura dei negoziati¹²⁸ e incaricando la Commissione europea come negoziatore dell'Unione¹²⁹, che dovrà, ovviamente, riferire ai Leader degli Stati membri e al Parlamento europeo "periodicamente e con precisione".

5. La procedura di recesso ex art. 50 TUE e la notifica al Consiglio europeo: aspetti procedurali e ricadute metodologiche

Una volta sommariamente descritto il quadro politico che ha determinato il fermento dal quale è originata la scelta di procedere al *referendum* sulla Brexit, non può prescindersi da una disamina sulle sue ricadute, soprattutto da un punto di vista squisitamente giuridico.

Come anticipato, la procedura ha inizio – con la conseguente decorrenza del termine di due anni – solo al momento della avvenuta ratifica, nella forma della notifica, da parte dello Stato membro al Consiglio europeo, che elabora in merito i propri "orientamenti".

Al riguardo, molte sono state le osservazioni dottrinarie sulla forma che avrebbe dovuto assumere la notifica e se, in particolare, questa avrebbe dovuto necessariamente rivestire forma

¹²⁷ In questo senso, si pone anche la Comunicazione della Commissione europea COM(2016) 710 final del 25 ottobre 2017 per "Realizzare un'Europa che protegge, dà forza e difende", nella quale si tratteggia la situazione di instabilità economica e politica che necessita un approccio condiviso, che porti l'Unione europea ad un punto di svolta.

¹²⁸ Sulla configurabilità degli stessi, cfr. L. BESSELINK, *Beyond Notification: How to Leave the European Union without Using Article 50 TEU*, all'indirizzo telematico <https://ukconstitutionallaw.org/>, 2016.

¹²⁹ In senso conforme, cfr. G.L. TOSATO, *Brexit. Percorso ad ostacoli dal referendum all'addio*, in *Affarinternazionali*, 28 giugno 2016.

scritta – richiesta *ad substantiam* – ovvero se potesse essere anche espressa in forma orale¹³⁰, purché precisa nei contenuti e nelle intenzioni.

Il recesso, secondo quanto stabilito dalla norma del Trattato (art. 50 TUE), deve essere notificato dallo Stato interessato, conformemente con le “norme costituzionali nazionali”. L’espressione ha destato non poche perplessità proprio per lo sguardo rivolto all’ordinamento in considerazione, il quale non si fonda sulla puntuale formulazione delle norme cardine in unico testo costituzionale, bensì deriva dalla elaborazione di più testi legislativi, i quali, variamente, danno fondamento a quella che è la *British Constitution*. In tal senso, in assenza di un ancoraggio espresso circa le modalità operative sulla notifica e sui soggetti istituzionali coinvolti, si è posto il problema sulla precisa individuazione delle Istituzioni deputate ad esprimere in via definitiva il volere della Gran Bretagna.

Tornando, più nello specifico, alle modalità di notifica dell’intenzione di recesso, una questione altrettanto problematica, come sottolineato da attenta dottrina, sarebbe stata collegata alla possibilità di revocare la notifica stessa¹³¹ prima dello scadere del termine dei due anni e, quindi, prima del raggiungimento di un accordo sulla posizione dello Stato uscente. La revoca della notifica, secondo taluni, potrebbe avvenire solo fino al momento dell’avvenuta accettazione dalla controparte o, secondo altri, fino al termine più lungo indicato dalla disposizione europea. Ad ogni modo, la revoca sarebbe ammessa in ragione della necessità di verificare *medio tempore* l’immutabilità della volontà di uscire dall’Unione europea; condizione che potrebbe essere giustificata anche dalla previsione di un termine così lungo¹³² per la negoziazione dei rapporti.

A ben vedere, la revoca della notifica potrebbe consentire un atteggiamento dello Stato interessato strumentale alla verifica delle condizioni di recesso¹³³, di modo da esaminare la reale opportunità politica, oltre che giuridica, circa l’uscita dall’ordinamento europeo. In questo modo, si determinerebbe una sorta di posizione di vantaggio dello Stato uscente, il quale potrebbe negoziare a proprio piacimento le condizioni di recesso, stante la possibilità di poter tornare indietro nella decisione precedentemente assunta.

Proseguendo nel ragionamento, non potrebbe neppure escludersi il ricorso, successivo all’avvenuto recesso, alla procedura di adesione, ai sensi dell’art. 49 TUE, previa verifica dei requisiti richiesti per l’ingresso nell’ordinamento europeo. Così come, non sarebbe peregrina, soprattutto in ragione del recente parere n. 2/2013 del 18 dicembre 2014 espresso dalla Corte di giustizia circa l’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo¹³⁴,

¹³⁰ Ipotesi caldeggiata, peraltro, da C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit*, cit., che evidenzia che la stessa avrebbe potuto essere formalizzata dallo stesso Cameron “nel corso della riunione del Consiglio europeo del 28 giugno 2016 e che sarebbe stata inserita nel relativo processo-verbale e nelle conclusioni”.

¹³¹ Possibilità esclusa da A. RENWICK, *What happens if we vote for Brexit*, in [The Constitution Unit](#), gennaio 2016. *Contra*, cfr. J. SHAW, M. STEINBEIS, *Five Questions on Brexit to JO SHAW*, in [Verfassungsblog](#), 24 giugno 2016.

¹³² Per una ricostruzione del diritto di recesso nel dibattito dottrinario italiana, si veda M.E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall’Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte “costituzionalistiche” e resistenze “internazionalistiche”*, in [Rivista AIC](#), 2/2016.

¹³³ In senso contrario alla possibilità di ricorrere alla procedura disciplinata dall’art. 50 TUE per negoziare condizioni più vantaggiose nei rapporti con l’Unione europea, si veda S. PEERS, *Article 50 TEU: The uses and abuses of the process of withdrawing from the EU*, in [EU Law Analysis](#), affermando che “the Treaty drafters clearly did not want Article 50 itself to be used for the purpose of renegotiating EU membership or amending the Treaties in any way”.

¹³⁴ Sul punto, cfr. L. DE MICCO, *Adesione Dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo: Attesa di un finale*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 5, la quale sottolinea che la bozza di adesione, così come congeniata, sarebbe in grado di legittimare uno Stato membro ad esperire più ricorsi nei confronti della normativa europea, anche cumulabili tra di loro, chiarendo che, in linea teorico, “dopo aver esperito ricorso avverso la CGUE (art. 263, 2 TFUE) per l’emissione di atti in contrasto con il Trattato (come se si applicasse l’art. 35 della Cedu: preliminare esperimento delle vie di ricorso interno), lo Stato membro dovrebbe avere la possibilità di ricorrere alla Corte Edu contro la Ue. Oltretutto ad uno Stato è consentito, senza esaurire i gradi di giudizio interni, di utilizzare il ricorso interstatale alla Corte Edu ai sensi dell’art. 33 Cedu, anche quando - ad adesione avvenuta - un’inosservanza della Convenzione possa essere imputata ad un’altra Parte Contraente, che si chiami Unione Europea. A tali conclusioni pone un freno l’interpretazione della clausola di salvezza degli artt. 344 TFUE e 55 Cedu inserita nell’art. 5 della bozza di accordo. In ossequio all’art. 3 del Prot. 8 UE, che vieta effetti modificativi sull’art. 344 TFUE per via di norme di adesione, verrebbe in tal modo

l'ipotesi di adire i giudici di Lussemburgo al fine di ottenere un parere consultivo, ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, sull'accordo di recesso della Gran Bretagna dall'UE e sulle condizioni negoziate. In tal modo, si consentirebbe comunque una verifica della conformità dell'accordo così raggiunto con le disposizioni dei Trattati, onde procedere ad una revisione delle condizioni concordate ovvero una revisione dei Trattati ex art. 48 TUE.

Ad oggi, come si dirà, la notifica è intervenuta in forma scritta e ha cristallizzato l'intenzione del Regno Unito di avviare i negoziati di uscita dall'Unione europea. Non è dato sapere se questa potrà, in futuro, essere ritirata, magari a seguito di pressioni secessioniste delle amministrazioni devolute o nel caso di ricambio delle forze politiche in seno all'organo parlamentare¹³⁵; ad ogni modo, quello che sembra ragionevole osservare è che l'attivazione della suddetta disposizione europea costituisce un precedente sia *procedurale* sia *sostanziale* che altri Stati membri potrebbero prendere ad esempio qualora le spinte antieuropeiste dovessero farsi sempre più intense ed incontrollate.

6. Il principio della sovranità parlamentare alla prova della procedura di recesso del Regno Unito dall'Unione europea

Altra problematica che si è segnalata per le implicazioni di cui risulta intrisa è quella relativa al ruolo assunto dal governo britannico nella negoziazione – e, prima ancora, nella notifica – del recesso. Al riguardo, non si può sottacere la potenziale contraddittorietà della primazia assicurata al potere esecutivo con il principio cardine dell'ordinamento britannico¹³⁶, ovvero quello della *sovereignty of Parliament*¹³⁷, oltre che quello della sovranità popolare.

impedito il ricorso dello Stato alla Cedu dopo la procedura ex. 263 TFUE, e sterilizzato l'art. 33Cedu nell'ipotesi di un ricorso diretto di uno Stato verso la Ue". Sul punto, cfr, nel vasto dibattito dottrinario, I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in [Diritti Comparati](#), 2 febbraio 2015; L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of justice Opinion 2/13*, in [Verfassungsblog](#); T. LOCK, *Oops! We Did It Again –the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in [Verfassungsblog](#); G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, in *Foro It*, 4/2015, 77 e ss. Sia consentito, da ultimo, il rinvio al nostro *Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2016.

¹³⁵ Il riferimento è all'annuncio del 18 aprile della Premier May di procedere ad elezioni anticipate del Parlamento l'8 giugno 2017 prossimo (previa approvazione del Parlamento stesso), sostanzialmente – come sembra - per due ordini motivi: uno di natura *politica*, vista la mancata legittimazione popolare della nomina a Capo del Governo a fronte della successione avvenuta *naturaliter* a Cameron, e uno di ordine *strategico*, poiché, forte del quasi 50% dei consensi, il Partito conservatore rafforzerebbe il proprio potere in seno al Parlamento di Westminster, acquistando, inoltre, una maggiore forza contrattuale nella negoziazione con Bruxelles. La Premier ha chiarito nel proprio discorso che le elezioni sono volte a garantire gli interessi dei cittadini inglesi, chiarendo, come anticipato, di volere “...this country to be able to play the strongest hand possible in those negotiations to get the best possible deal because that's in our long-term interests” perché “That's what this is about, it's about asking the people to trust me, to trust us in government, to give us that mandate to go and get that really good deal for the UK.” Non manca una vena polemica nelle parole della May nei confronti del rivale Jeremy Corbyn, leader del Partito laburista, quando pone in posizione antagonista – e in chiave icastica – la formazione di un governo che conduca i negoziati sulla Brexit, sulla base della legittimazione popolare, rafforzata nella propria compagna interna ovvero una coalizione guidata da Corbyn. Ad ogni modo, le parole della May toccano in senso lato tutti gli attori politici di opposizione – quindi anche i liberal-democratici di Farron, l'UKIP di Farage e il partito nazionalista scozzese della Sturgeon – nonché i membri non eletti della Camera dei Lords che si oppongono al seguito della Brexit. A ben vedere, però, nonostante i sondaggi registrino una netta prevalenza del Partito conservatore della May su quello laburista, che si fermerebbe allo stato intorno al 25%, le vicende politiche degli ultimi anni hanno dimostrato che non sempre i pronostici riescono a percepire il polso del reale sentire sociale del Paese, da ultimo nel referendum del 2016. Da una parte, dunque, non è detto che gli equilibri politici così previsti troveranno reale attuazione in occasione delle elezioni dell'8 giugno e, dall'altra, i cittadini britannici ben potrebbero utilizzare l'occasione del voto per cambiare l'orientamento sulla vicenda Brexit, appoggiando le forze politiche più vicine ad una visione europeista.

¹³⁶ Per una ricostruzione del principio e delle implicazioni concrete, non può non rinviarsi al testo di A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 1964, 40, il quale osserva con ragguardevole chiarezza che il principio della sovranità del Parlamento può essere riassunto in una agile espressione, ossia “Any Act of Parliament, or

Proprio sulla considerazione dell'importanza assunta dall'Assemblea parlamentare nella Costituzione britannica, si pone il problema di definire i confini operativi del Governo, da un lato, in relazione al Parlamento, dall'altro. E' indubbio che la politica estera rientri tra le *Crown's prerogatives* e, quindi, tra le attribuzioni del potere esecutivo; ad ogni modo, l'espressione governativa, soprattutto in un processo così delicato, deve essere controbilanciata dall'intervento dell'Istituzione parlamentare¹³⁸.

Sulle modalità poi di verifica da parte del Parlamento di Westminster, sono state avanzate diverse ipotesi¹³⁹, che vanno dall'approvazione di una semplice risoluzione ad una vera e propria legge di autorizzazione al Governo a negoziare e di fatto abrogativa del precedente *European Community Act* del 1972¹⁴⁰, che aveva segnato l'ingresso del Regno Unito nella allora Comunità europea.

Il previo – e necessario¹⁴¹ - coinvolgimento parlamentare¹⁴² è stato di recente ribadito, peraltro, anche dall'*High Court of Justice* inglese che, con sentenza del 3 novembre 2016 sul caso *R (Miller) -V- Secretary Of State For Exiting The European Union* ha di fatto riconosciuto attraverso un impianto motivazionale ricco l'obbligo¹⁴³ di un intervento parlamentare¹⁴⁴ e, quindi, la necessità che

any part of an Act of Parliament, which makes a new law, or repeals or modifies an existing law, will be obeyed by the courts"; principio che, peraltro, si esplica anche nei confronti dei cittadini, in quali non possono, nella vigenza della Costituzione inglese, agire in modo da derogare ad un atto approvato dal Parlamento. E ancora, l'A. osserva che il Parlamento ha la facoltà di legiferare su qualunque materia sia legislativamente regolabile, non incontrando alcun limite in nessun altro potere.

¹³⁷ Per alcune considerazioni in merito al ruolo assunto dal Parlamento nei riguardi del Governo circa la procedura di notifica dell'intenzione di recedere dall'UE, si vedano N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, all'indirizzo telematico <https://ukconstitutionallaw.org/>, 2016.

¹³⁸ In realtà, il *Constitutional Reform and Governance Act* del 2010 prevede la facoltà per la Camera dei Comuni di porre un veto sulla ratifica dei trattati internazionali ma non anche sulla possibilità di recedere dagli stessi.

¹³⁹ Per un approfondimento sugli strumenti mediante i quali il Parlamento potrebbe esplicitare un potere di contro sull'intera procedura e soprattutto nei riguardi del Governo, cfr. F. ROSA, *Brexit, Il divorzio del secolo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2016, 823 ss. In particolare, l'A. evidenzia la possibilità – alternativamente proposta in dottrina – di ricorrere ad una risoluzione, mediamente utilizzata dal Parlamento per dar seguito alla ratifica dei trattati internazionali ovvero in materia di politica estera, ovvero ad un'apposita legge che deleghi il Governo ad attivarsi ai sensi dell'art. 50 TUE, altrimenti si rischierebbe di violare "il principio di common law in base al quale l'esercizio della prerogativa regia non può mai contrastare con la legge del Parlamento" (spec. 824).

¹⁴⁰ Cfr. B. CARROZZO, N. COSTO LUCCO, A. MINISINI, F. NEGROTTI, C. TAN, C. VINCELLI, *Brexit means Brexit, but what does the second Brexit mean?*, in *Diritticomparati, Working papers*, 4/2016, 19, i quali evidenziano che l'abrogazione dell'ECA del 1972 determinerebbe notevoli conseguenze, poiché determinerebbe la cessazione degli effetti della legislazione adottata in virtù dell'atto del 1972. Ad ogni modo, "its purpose would be to preserve and carry over into UK law the full body of EU law not already implemented in national law".

¹⁴¹ In tal senso, cfr. N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, cit., i quali hanno chiaramente affermato che "Brexit is the most important decision that has faced the United Kingdom in a generation and it has massive constitutional and economic ramifications. In our constitution, Parliament gets to make this decision, not the Prime Minister".

¹⁴² Cfr. G. CARVALE, *La "faglia" della Brexit*, cit., 13, la quale osserva a suffragio del passaggio parlamentare nel rapporto con le determinazioni assunte dall'esecutivo in materia di politica estera il fatto che "l'opposizione dei Comuni all'autorizzazione dell'impiego delle forze armate nella guerra in Siria nell'agosto del 2013 (abbia) bloccato l'intervento dell'esecutivo il quale ritenne opportuno rispettare il volere dell'assemblea".

¹⁴³ Al riguardo, la *Supreme Court of United Kingdom* (istituita con il *Constitutional Reform Act* 2005) ha sottolineato in una nota che "The Justices are aware of the public interest in this case and the strong feelings associated with the wider political questions of the UK's departure from the EU (which we stress are not the subject of this appeal). The Justices' duty is to consider the legal questions impartially, and decide the case according to the law". Per un approfondimento sulla "peculiarità" della Corte suprema britannica si veda A. TORRE, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di diritto costituzionale*, 11/2006, il quale sottolinea, appunto il carattere "sui generis ... del Regno Unito, paese privo di una corte costituzionale anche in seguito alla recente istituzione della Supreme Court ... prima ancora che sotto il profilo dell'attribuzione funzionale (le manca, infatti, il sindacato sulla costituzionalità delle leggi: ma fin qui s'è tentato di dimostrare che questa funzione non è essenziale per l'esercizio della giurisdizione costituzionale), sotto il riguardo della possibilità, che si concretizzerebbe aggiungendo una propria judge-made law a quella che per lunga esperienza è creata dalle Corti di giustizia e dalle branche giudicanti del Privy Council e della Camera alta, di creare un corpus giurisprudenziale autonomo ...".

il *referendum* popolare consultivo sia seguito anche da una consultazione parlamentare¹⁴⁵ per addivenire formalmente alla procedura dell'art. 50 TUE.

L'Alta Corte londinese nella pronuncia in questione identificava previamente il principio della sovranità parlamentare¹⁴⁶ come una constitutional law, chiarendo che "Parliament can, by enactment of primary legislation, change the law of the land in any way it chooses". Particolarmente rilevante è il passaggio motivazionale attorno al quale il giudice londinese ricostruisce i rapporti tra Governo e Parlamento e legittima l'inserimento di quest'ultimo¹⁴⁷. Infatti, la prerogativa della Corona, poi divenuta del potere esecutivo, nella politica estera e internazionale in nessun caso potrebbe incidere sulle leggi che riconoscono diritti ai singoli, quali sono quelle approvate dal Parlamento di recepimento della normativa europea. In tal senso, "By making and unmaking treaties the Crown creates legal effects on the plane of international law, but in doing so it does not and cannot change domestic law. It cannot without the intervention of Parliament confer rights on individuals or deprive individuals of rights".

L'ECA del 1972 è, a giudizio dell'*High Court*, una *constitutional statute*, volta, secondo quanto specificato dalla Section 2(2), a dare esecuzione ad ogni prescrizione europea nella "domestic law". In tal senso, l'abrogazione di tale atto, con conseguente definizione dei diritti riconosciuti ai cittadini per il tramite della normativa UE, non può non passare per l'approvazione parlamentare¹⁴⁸.

La Corte, pertanto, conclude nel senso di affermare che "Parliament having taken the major step of switching on the direct effect of EU law in the national legal systems by passing the ECA 1972 as primary legislation, it is not plausible to suppose that it intended that the Crown should be able by its own unilateral action under its prerogative powers to switch it off again".

A seguito del ricorso del Governo britannico avverso la sentenza *dell'High Court of Justice*, la *UK Supreme Court*, con la recente sentenza del 24 gennaio 2017, ha statuito (con una maggioranza di 8 a 3) che non è possibile dar luogo alla procedura di recesso senza il previo assenso del Parlamento. La pronuncia, particolarmente dettagliata, sembra ripercorrere le caratteristiche principali dell'ordinamento britannico e, soprattutto, della centralità del Parlamento nell'implementazione delle fonti europee nella "domestic law". In tal senso, in uno dei passaggi nodali, i giudici supremi inglesi osservano che non è possibile accettare "... that a major change to UK constitutional arrangements can be achieved by a minister alone; it must be effected in the only way that the UK constitution recognises, namely by Parliamentary legislation" (par. 82). Proprio perchè il recesso della Gran Bretagna inciderà sul riconoscimento dei diritti dei cittadini britannici, non è pensabile che il Governo possa agire unilateralmente senza che venga interpellato il Parlamento, in considerazione del ruolo cruciale espresso nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Peraltro, come sottolineato efficacemente, il differente impatto che sarebbe

¹⁴⁴ Nel senso che il potere di decidere in merito al recesso del Regno Unito spetti al potere esecutivo si è espresso anche il Segretario agli Esteri Hammond, che il 25 febbraio 2016 affermava davanti alla House of Commons che la notifica "is a matter of Government of the United Kingdom".

¹⁴⁵ In tal senso, si è espressa anche lo *European Union Committee* della *House of Lords* nel *4th Report of Session 2016-17* sulla necessità, per l'incisione su molteplici questione politiche, del *parliamentary scrutiny*.

¹⁴⁶ Per un approfondimento sul principio in questione e sulle accezioni che questo è venuto ad assumere nella più ampia prospettiva dell'adesione al processo federativo europeo, si veda, più di recente, G. GEE, A.L. YOUNG, *Regaining Sovereignty? Brexit, the UK Parliament and the Common law*, in (2016) *European Public Law* 22, 1, 131-148. Sul punto, particolarmente suggestive sono le riflessioni circa un processo di deparlamentarizzazione dei Parlamenti nazionali nell'ambito del processo dell'integrazione europea sia sotto un profilo costituzionale, attraverso la cessione di una parte delle competenze legislative in sede sovranazionale, sia sotto un profilo prettamente politico

¹⁴⁷ La cui importanza risulta ulteriormente evidenziata dal rapporto della commissione affari costituzionali della Camera dei Lords (The Invoking of Art. 50 Select Committee on the Constitution, 4th Report of Session 2016-17), nel quale si afferma espressamente che "è costituzionalmente appropriato che sia il Parlamento a decidere come procedere dopo il referendum" (pag. 9).

¹⁴⁸ Sottolinea l'importanza del passaggio parlamentare G.G. CARBONI, *La sentenza Miller: un banco di prova per la forma di governo del Regno Unito*, cit., per una duplice profilo: da un lato, l'intervento del Parlamento potrebbe essere funzionale alla ricostruzione e alla riconduzione ad unità della pluralità delle volontà espresse a livello territoriale e, dall'altro, ancor di più, consentirebbe ai partiti di confrontarsi organicamente circa la questione del recesso, abbandonando la propaganda in favore di una compiuta dialettica politica.

determinato dalla modifica della legislazione interna nell'ambito di applicazione della normativa europea e da quella, al contrario, derivante dal recesso dall'Unione europea giustifica l'attivazione di un procedimento più complesso e sicuramente concertato tra le parti coinvolte, ossia il Governo e il Parlamento, dopo l'espressione della volontà popolare in occasione del *referendum* del giugno 2016, che – si ricorda – presenta pur sempre un carattere consultivo.

In senso opposto alle argomentazioni della maggioranza dei giudici, Lord Carnwath ha posto in evidenza che l'art. 50 TUE implicherebbe esclusivamente la previsione di un processo politico di negoziazione da parte del Governo, che, in ogni caso, avrebbe l'obbligo di informare il Parlamento circa la conclusione o meno dei negoziati, al fine di consentire una modificazione della normativa in qualche modo. Analogamente, Lord Reed, dissentendo dalle conclusioni di maggioranza, ha abbracciato l'orientamento per cui, in nessun modo, il dettato normativo dell'ECA del 1972 statuerebbe alcun obbligo specifico nè imporrebbe una specifica manifestazione di volontà circa l'adesione della Gran Bretagna all'Unione europea.

Più complessa è, invece, come emerge dalla pronuncia, la questione relativa alle istituzioni devolute nella decisione di Westminster di lasciare l'Unione europea (che però ha registrato l'unanimità dei giudici). Al riguardo, risultano piuttosto ricche le argomentazioni circa la ricostruzione del processo di devoluzione che ha portato rispettivamente la Scozia, l'Irlanda del Nord e il Galles al riconoscimento della facoltà di legiferare sulle materie devolute di propria competenza. La Corte suprema conclude nel senso di escludere la possibilità per queste ultime di porre il proprio veto alla decisione di procedere alla notifica disciplinata dal citato art. 50 TUE. In particolare, i giudici supremi osservano che “... the devolved legislatures do not have a parallel legislative competence in relation to withdrawal from the European Union. The EU constraints are a means by which the UK Parliament and government make sure that the devolved democratic institutions do not place the United Kingdom in breach of its EU law obligations. The removal of the EU constraints on withdrawal from the EU Treaties will alter the competence of the devolved institutions unless new legislative constraints are introduced. In the absence of such new restraints, withdrawal from the EU will enhance the devolved competence. We consider the effect of the alteration of competence in our discussion of the Sewel Convention”. In sostanza, la Corte Suprema analizza la portata della cd. Sewel Convention, ossia la convenzione costituzionale che disciplina i rapporti tra Parlamento centrale ed assemblee devolute nell'esercizio della funzione legislativa, chiarendo che “the Sewel Convention has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law”. I giudici supremi inglesi escludono che sulla base della suddetta convenzione le Assemblee gallese e nordirlandese e il Parlamento scozzese siano titolari di un diritto di vero *ex lege* sul recesso dall'Unione europea, trattandosi, appunto, di una prerogativa del Parlamento di Westminster.

Dalle elaborate argomentazioni della Corte Suprema britannica – che non è possibile qui analizzare nelle puntuali, seppur nodali, indicazioni – sembra che il coinvolgimento parlamentare nella decisione finale di notificare l'intenzione di recesso dall'UE si ponga perfettamente in linea con la tradizione costituzionale britannica, che, *mutatis mutandis*, prevede l'interpello del Parlamento¹⁴⁹ nel caso di modifica della normativa interna, ritenuta lesiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dei giudici attraverso una *declaration of incompatibility* (*Section 4 Human Rights Act 1998*).

Il passaggio parlamentare, come ribadito da ultimo dai giudici supremi britannici, è un requisito *funzionale* alla Brexit.

D'altro canto, il coinvolgimento del Parlamento potrebbe servire anche ad un ulteriore scopo, ossia quello di favorire un compiuto dibattito tra i partiti politici sulle modalità e sulle condizioni da porre sul tavolo delle trattative con le istituzioni europee. La frattura partitica che sembra aver

¹⁴⁹ È prevista, inoltre, la possibilità per il Governo di modificare la normativa interna attraverso un atto con forza di legge (*ministerial remedial order*) nel caso in cui sussistano “*compelling reasons*” (*Section 10 Human Rights Act 1998*).

caratterizzato negli ultimi anni l'agone politico inglese ha reso necessaria un'operazione di raffronto, non solo *ab externo* tra le diverse famiglie partitiche – ivi comprese quelle di neoformazione, come lo UKIP – ma anche nell'ambito dello stesso partito al fine di assicurare o, quanto meno, contribuire a ricondurre ad un unico colore le diverse determinazioni interne. Proprio questa esigenza è divenuta ancora più stringente alla luce del panorama politico che ha accompagnato il dibattito referendario e che ha dimostrato, in buona sostanza, che il fallimento del “Remain” e le conseguenti dimissioni del Premier Cameron non sono da imputarsi tanto alla contrapposizione delle opposizioni quanto alla “tenuta interna” alla compagine governativa e, quindi, al partito conservatore (in senso analogo, anche la composizione interna del partito laburista ha dato luogo ha divisioni sulla questione).

D'altra parte, la sentenza della *High Court of Justice* londinese sul caso Miller e, successivamente, la sentenza della *Supreme Court* hanno dato conferma dell'imprescindibile ruolo assunto dall'Assemblea parlamentare nel processo decisionale nazionale, soprattutto laddove questo involva i rapporti con l'Europa. È significativo che l'intervento del giudice inglese abbia operato un'importante *actio finium regundorum* circa il perimetro operativo del Parlamento e del Governo nella gestione dell' “Affare Brexit”.

A seguito della pronuncia della Corte Suprema, come anticipato, il Governo di Londra ha presentato un apposito *European Union (Notification of Withdrawal) Bill* per l'autorizzazione parlamentare alla notifica della richiesta di recesso dall'Unione europea. Il disegno di legge è stato approvato, in prima battuta, dalla *House of Commons* e in seguito dalla *House of Lords*¹⁵⁰ e ha ricevuto il *royal assent* il 16 marzo scorso.

Una volta approvata la legge e, quindi, una volta acquisito il consenso del Parlamento, la Premier May ha provveduto a presentare il 29 marzo 2017 la notifica necessaria per iniziare il percorso di recesso. Nella lettera consegnata dall'ambasciatore britannico al Presidente del Consiglio europeo Tusk si chiarisce che l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea non sta a significare l'uscita dall'Europa, di cui lo Stato britannico continua a condividere i valori. La notifica – come evidenziato nella lettera – costituisce la pura messa in opera della volontà popolare, espressa in sede referendaria, che si pone in un rapporto triangolare con l'Assemblea parlamentare e con il Governo stesso. È evidente, dunque, che il reale fondamento della decisione britannica sta nel pronunciamento del popolo e, solo successivamente, dalla validazione da parte dell'organo assembleare. Potrebbe sembrare un cortocircuito interno la rimessione della questione della permanenza nell'Unione europea alla volontà popolare e cioè ad una sede extraparlamentare¹⁵¹. Tuttavia, la scelta di aprire ad una consultazione più ampia nasce dalla necessità di costruire una decisione *complessa*, che si legittimi pienamente nel contesto europeo.

Si ricorda, infine, che la presentazione della notifica britannica ha portato all'elaborazione da parte del Consiglio europeo delle Linee guida per la conduzione e la conclusione dei negoziati ai sensi dell'art. 50 TUE (“*Draft guidelines following the United Kingdom's notification under Article 50 TEU*”). Assume particolare rilievo l'affermazione secondo la quale i negoziati dovranno essere condotti in modo compatto dall'Unione europea. La precisazione non è di poco momento poiché è volta ad impedire che il Regno Unito contratti con i singoli Stati membri condizioni vantaggiose differenti, di modo da usufruire di una condizione di privilegio nei rapporti economico-giuridici da

¹⁵⁰ Si ricordino i due emendamenti votati dalla House of Lords, poi stralciati dalla House of Commons, riguardanti, rispettivamente, la possibilità per il Parlamento inglese di porre il proprio veto a conclusione dei negoziati tra il Governo e l'Unione europea e la garanzia dei diritti dei cittadini europei residenti nel territorio britannico.

¹⁵¹ Interessante è la riflessione condotta da G.G. CARBONI, *La Corte Suprema e le sorti del referendum nel Regno Unito*, in [DPCE online](#), 1/2017, 93, la quale osserva che, in un primo momento, il referendum rispondeva ad una esigenza di integrazione e, solo recentemente, agisce come fattore di disgregazione, nel caso di specie, nei confronti dell'Unione europea. Sia consentito, a tal riguardo, il parallelo al precedente storico - pur non volendo entrare nel merito della caratterizzazione unificante o di annessione – dei plebisciti che si ebbero in occasione della formazione del Regno di Italia e che sancirono l'Unità d'Italia. In quell'occasione, la popolazione dei rispettivi territori coinvolti si pronunciava circa l'annessione al Regno di Piemonte, esprimendo una volontà integrativa nel comune progetto di unificazione nazionale.

intrattenere con l'Europa. Peraltro, la possibilità per il Regno Unito di accedere ad una fase successiva di negoziazione sarà consentita solo nel caso in cui si registri un livello di *progresso sufficiente*. Il Presidente del Consiglio europeo Tusk ha chiarito, inoltre, che il negoziato che verrà condotto non avrà carattere punitivo, costituendo il recesso in sé una condizione deteriore per il processo di integrazione europea.

Nelle Linee Guida, dopo aver ricostruito la posizione del Regno Unito con riguardo all'Irlanda, a Cipro e a Gibilterra, si sottolinea inoltre la possibilità per i giudici di Lussemburgo di pronunciarsi circa l'interpretazione e l'applicazione dei trattati che ineriscono i negoziati in ordine al recesso, così come la Corte di giustizia rimane competente a pronunciarsi circa le questioni riguardanti persone fisiche e giuridiche prima che trovi completa definizione la procedura di recesso. In tale prospettiva, il Regno Unito deve rispettare i principi e i valori fondanti dell'Europa fino a quando non venga perfezionata l'uscita dall'Unione europea, nonché partecipare attivamente alle politiche di sicurezza comune e rispettare gli interessi europei.

E' evidente che il percorso che dovranno intraprendere il Regno Unito e l'Unione europea non potrà essere immune da momenti di frizione, soprattutto laddove venga in rilievo una minaccia per l'identità costituzionale inglese; ciò nondimeno, per quanto vibrante¹⁵² possa tratteggiarsi il dibattito sulla negoziazione dei reciproci rapporti, sarà interessante verificare gli snodi dialogici che seguiranno tenendo ben presenti i presupposti fondativi del progetto europeo e i cardini operativi degli Stati membri nel perseguimento di un'azione congiunta nell'approccio alle problematiche emergenti.

In buona sostanza, occorrerà attendere¹⁵³ la concreta verifica degli effetti¹⁵⁴ del recesso per esaminare l'impatto degli stessi sugli originali intendimenti di *comunione* in senso europeo certificati nella metà del secondo scorso.

7. Le ricadute della Brexit nei rapporti tra UK e UE: scenari evolutivi di un rapporto "da definire"

Alla luce di quanto espresso, si può affermare che lo scenario risultante dall'esito referendario è tutt'altro che cristallino¹⁵⁵ e che dipenderà, in massima parte, anche dagli equilibri che saranno necessitati nelle relazioni con gli Stati membri dell'Unione europea.

È indubbio che il passaggio referendario, per quanto non possa dirsi giuridicamente vincolante e come tale suscettibile di determinare una sanzione nel caso di inosservanza¹⁵⁶, rappresenti, in ogni

¹⁵² Sembra ragionevole che la negoziazione *à la carte* che il Regno Unito vorrebbe intraprendere – lontana dai modelli norvegese e svizzero – con l'Unione europea sulla creazione di un *Free Trade Agreement* dovrà tener conto anche dell'evoluzione degli scenari politici che interesseranno i più importanti Paesi membri, quali la Germania, la Francia e l'Italia, nei quali, peraltro, non sono mancati movimenti tendenti alla preservazione dell'identità nazionale, insofferenti ad una indiscussa soggezione europea.

¹⁵³ Si prospetta opaco, allo stato, il quadro europeo, a seguito della formalizzazione del recesso della Gran Bretagna. Aleatorietà che viene ben evidenziata anche da F. BRUNI, S. FABBRINI, M. MESSORI, *Europe 2017: make it or break it?*, in *ISPI, Policy Brief no. 232*, January 2017, 4, che sottolineano come "Brexit and Trump's election are important examples and symbols of the phenomenon of increasing uncertainty. In both cases, the problem is that nobody is able to forecast how and when things will develop".

¹⁵⁴ Ricostruisce le implicazioni circa la partecipazione dello Stato britannico nelle istituzioni europee F. TEKIN, *Brexit or No Brexit? Political and Institutional Implications of an EU without the UK*, in *IAI, Working Papers*, 16/07 – march 2016, 13 ss.

¹⁵⁵ Ne delinea in breve un quadro di sviluppo. G.G. FERRARI, *R (Miller) -v- Secretary of State for exiting the European Union: eterogenesi dei fini e populismo in una nuova pagina della storia britannica*, in [DPCE online](#), 2/2016, che pone in alternativa il "ricorso del Governo alla Supreme Court; possibile voto contrario del Parlamento a Brexit, con spaccature trasversali alle party lines e dimissioni già iniziate di qualche MP; incerto ruolo dei Lords; possibile secondo referendum con più precisa definizione del suo ruolo e della sua efficacia; fratture nell'impianto multinazionale del Regno Unito con prese di posizione di Scozia ed Irlanda del Nord in funzione di tornaconti nazionali nei rapporti con l'UE".

caso, un *advisory referendum*, ossia un *referendum* consultivo¹⁵⁷, che crea quanto meno un obbligo politico in capo al Governo britannico che dovrebbe attuare l'espressione dell'elettorato. D'altra parte, la emergenziale situazione che sta investendo il territorio europeo, non solo in termini di tenuta delle politiche finanziarie nazionali, ma anche nel senso di assicurare un sistema efficace e sicuro di prevenzione e di contrasto al terrorismo, squaderna una serie di ipotesi risolutive di non facile intellegibilità.

Non può sottacersi che, a qualunque tesi si intenda aderire, il lungo e complesso processo di fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea rappresenterà, per molti versi, un'incognita sia per le modalità procedurali da seguire fattivamente sia per le implicazioni pratiche che questo potrebbe determinare. Nel solco della prospettiva tracciata, dovrà anche rivedersi la rotazione semestrale del Consiglio dell'Unione europea che spetterebbe proprio al Regno Unito nel secondo semestre del 2017, verosimilmente a seguito dell'attivazione della procedura di recesso da parte dello Stato.

È, inoltre, evidente che il recesso della Gran Bretagna porterà ad un'indiscussa modificazione dei rapporti economici e commerciali con il resto dei Paesi membri dell'Unione europea.

Parimenti, si pone sul tappeto la questione relativa all'accoglienza e alla permanenza di cittadini comunitari e non, anche per le problematiche attinenti all'accesso ai servizi sanitari e agli istituti scolastici e universitari, nonché in relazione alle problematiche attinenti ai flussi migratori. Con particolare riguardo a quest'ultimo profilo, sarà necessario un coordinamento per il controllo alle frontiere circa il passaggio dei migranti, al fine di porre in essere misure efficaci di prevenzione di atti terroristici, ma anche per porre un argine alla complessa situazione relativa alla questione migratoria, la cui gestione non potrebbe prescindere dalla collaborazione dei Paesi interessati, anche se non più membri dell'Unione europea.

Diverse sono le proposte avanzate nel dibattito dottrinario volte a risolvere lo scenario dei rapporti UK-UE¹⁵⁸, attraverso l'adozione, da una parte, del "modello Norvegia", per quanto riguarda la creazione di un ambito di libero scambio, pur non facendo parte dell'Unione europea, o il "modello Svizzera", per la conclusione di un accordo bilaterale per la partecipazione al mercato

¹⁵⁶ Tuttavia, sottolinea l'importanza di dar seguito all'espressione referendaria popolare per il tramite della presentazione della notifica C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit*, cit., 21, che raffigura una serie di possibili rimedi (giurisdizionali) nel caso di inosservanza dell'esito raggiunto. In particolare, l'A. osserva che "Qualora il governo di Londra ritardasse ingiustificatamente la notifica potrebbe ipotizzarsi, l'apertura da parte della Commissione europea di un procedimento di infrazione, ex art. 258 TFUE, per violazione del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE, al quale il Regno Unito è ancora vincolato".

¹⁵⁷ Al riguardo, si vedano le argomentazioni di S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, in *U.K. Const. L. Blog (28th Jun 2016)*, all'indirizzo telematico <https://ukconstitutionallaw.org/>, il quale osserva che "MPs may feel a strong obligation to act on the results of the vote, especially if they fear reprisals from their electorate in the form of being voted out of office at a future election. So popular sovereignty and parliamentary sovereignty appear to be at odds. Which, if either, ought to predominate?"; A. YOUNG: *Brexit, Article 50 and the 'Joys' of a Flexible, Evolving, Un-codified Constitution*, all'indirizzo telematico <https://ukconstitutionallaw.org/>, 2016. Sulla vincolatività del risultato referendario, inoltre, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit*, cit, 15, sottolineando la perdita di credibilità del Governo di aver indetto previamente un referendum per poi non darvi dovuto seguito.

¹⁵⁸ Sui possibili scenari, nella letteratura straniera, cfr. P. CRAIG, *Britain in the European Union*, in J. JOWELL, D. OLIVER, C. O'CONNOR (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, 2007, 92 ss.

unico (prevede peraltro il riconoscimento delle quattro libertà fondamentali)¹⁵⁹ ovvero, ancora, il modello “Turchia” (fuori il mercato unico, ma aderente all’unione tariffaria doganale)¹⁶⁰.

È evidente che il processo ormai innescato contribuirà a modificare i confini dello stesso panorama europeo e degli equilibri politici.

La posizione privilegiata¹⁶¹ che ha sempre rivestito il Regno Unito nei rapporti all’interno dell’ordinamento europeo, peraltro confermata dalla possibilità di trattare nel merito condizioni di deroga rispetto all’applicazione dei Trattati istitutivi europei, sembra giustificare l’esigenza di costruire rapporti stabili con l’Unione europea¹⁶², non solo nel mercato di libero scambio, ma anche nelle politiche di circolazione di merci e persone¹⁶³.

Si dà luogo, in questo modo, ad un processo di permeabilità del fenomeno “Brexit” sull’ordinamento europeo, soprattutto dal punto di vista economico, stante il corposo apporto al budget europeo, mentre – come sottolineato da alcuni autori – il ritorno economico da parte dell’Unione europea in termini di investimento sarebbe irrisorio in proporzione al PIL britannico. Pare, peraltro, ragionevole potersi affermare che il processo instauratosi con il *referendum* sulla Brexit rischi di allargarsi a macchia d’olio andando a toccare anche altri Stati¹⁶⁴, il cui malcontento per l’edificio europeo aumenta progressivamente.

8. Il referendum popolare come espressione di disaffezione per il progetto di integrazione europea tra scetticismi e nazionalismi.

In conclusione, sia consentita una riflessione più ampia sul processo di integrazione europea, che, a 60 anni dalla firma dei Trattati di Roma, vede, quasi con una cadenza dal sapore evocativo, l’uscita di uno dei Paesi fondatori proprio di quel nucleo embrionale che ha portato alla costruzione europea, dapprima sotto l’egida della Comunità europea, per poi addivenire, nel quadro giuridico

¹⁵⁹ Per un approfondimento sulle peculiarità dei singoli modelli e delle implicazioni sul piano economico, si veda A. ŁAZOWSKI, *EU Withdrawal: Good Business for British Business?*, in (2016) *European Public Law* 22, 1, 115–130, 120, il quale pone in evidenza la differenza tra questi nella contrapposizione dinamicità/staticità, in particolare osservando che “While the EEA system is dynamic, the Switzerland model is, with a few exceptions, static. To put it differently, the EEA-EFTA countries are under a general obligation to follow developments in EU law while the Swiss authorities may proceed according to their wishes on a case-by-case basis. One thing, however, both systems have in common. Neither the EEA-EFTA countries nor Switzerland have the right to participate in EU decision-making as such. Their involvement is limited to the level of working groups and therefore is referred to as decision-shaping”.

¹⁶⁰ Per un approfondimento, si veda anche F. SAVASTANO, *Brexit: un’analisi del voto*, in Federalismi.it, 13/2016, 12. Promuove la soluzione dell’accordo di associazione per il Regno Unito, quale Stato terzo, nei rapporti con l’Unione europea A. CIAMPI, *Il referendum per la Brexit: esiti e possibili scenari*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio.sullefonti.it), 2/2016, 4 ss.

¹⁶¹ In tal senso, Sir STEPHEN WALL, *Leaving the EU?*, in (2016) *European Public Law* 22, 1, 57–68, spec. 65, evidenzia che l’Unione europea rappresenta il maggior destinatario delle esportazioni britanniche e la maggior fonte di investimenti, sia in entrata sia in uscita, con la conseguenza che, uscendo dall’Europa, “Britain could still negotiate access to the single market but at the price of accepting and implementing rules determined without ... participation and consent”.

¹⁶² Peraltro, per un approfondimento sui rapporti che si verrebbero a designare, a seguito della Brexit, tra US e UK, si veda, più di recente, T. OLIVER, M.J. WILLIAMS, *Special relationships in flux: Brexit and the future of the US-EU and US-UK relationships*, in (2016) *International Affairs* 92: 3, 547–567, spec. 565, ove si sottolinea che il recesso della Gran Bretagna dall’Unione europea determinerebbe sicuramente un cambiamento negli equilibri e nei rapporti tra Stati Uniti e Unione europea, tuttavia “unless it were compounded by other crises and changes to both the EU and the United States that have the potential to drive them apart”.

¹⁶³ Come evidenziato da B. CARROZZO, N. COSTO LUCCO, A. MINISINI, F. NEGROTTI, C. TAN, C. VINCELLI, *Brexit means Brexit, but what does the second Brexit mean?*, cit., 22, “After Brexit ... the new structure of relations between UK and EU will not be characterized by a general freedom of movement of persons and workers. Citizens of other Member States would no longer enjoy an automatic right to travel to and work in the UK”.

¹⁶⁴ Si è parlato a più riprese della possibilità che si arrivi anche ad una Grexit, a seguito del *referendum* greco del 25 giugno 2015 indetto per il piano di accordo dei creditori internazionali con lo Stato ellenico. Per le riflessioni sulla vicenda, cfr. G. GRASSO, *Il referendum greco e la questione democratica nella (ri)costruzione del soggetto politico europeo*, in [Osservatorio AIC](http://OsservatorioAIC.it), 14 luglio 2015.

delineato dal Trattato di Lisbona, alla costruzione di un'architettura non solo giuridica ma anche politica di condivisione nella promozione dei valori e nella tutela dei diritti fondamentali, pur nella preservazione delle rispettive identità costituzionali, secondo il dettato dell'art. 4, par. 2, TUE.

Come sottolineato nelle diverse riunioni dai Leader degli Stati membri UE, la consultazione popolare che ha registrato la prevalenza del voto di coloro che hanno supportato il "Leave" a discapito del "Remain" pare importare due considerazioni di sicuro rilievo: in primo luogo, il processo di integrazione europea non sembra subire un arresto a seguito del *referendum* britannico, così come, al contrario, è avvenuto nel 2005 in occasione dei *referenda* olandese e francese sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa; in secondo luogo, proprio le condizioni di crisi economica che hanno interessato l'Unione europea a partire dal 2008, cui si sono aggiunte le pesanti problematiche relative alla gestione della questione migratoria e alla lotta agli atti terroristici, hanno dato una indiscussa accelerazione alla predisposizione e all'adozione in sede europea di scelte condivise ed efficaci.

Ciò risulta evidente dalla tabella di marcia messa a punto dai leader europei in occasione della Riunione informale tenutasi a Bratislava il 16 settembre 2016, in occasione della quale sono stati evidenziati gli snodi cruciali per il rafforzamento di un percorso di progresso e di sviluppo dell'Unione europea. In particolare, nella Dichiarazione congiunta si afferma espressamente che "L'UE non è perfetta ma è lo strumento più efficace di cui disponiamo per affrontare le nuove sfide che ci attendono". Gli obiettivi principali dei quali si rammenta l'urgenza riguardano la questione migratoria¹⁶⁵ e delle frontiere esterne, al fine di favorire meccanismi efficaci di controllo all'ingresso del territorio europeo; la sicurezza interna e esterna, attraverso la previsione di misure di controllo sulle persone che attraversano le frontiere anche tramite l'utilizzo di banche date interconnesse tra le autorità statali dei Paesi membri; lo sviluppo sociale ed economico, peraltro in perfetto accordo alla politica "Europa 2020" circa la promozione di uno sviluppo economico sostenibile e improntato alla preservazione dell'ecosistema.

Tutt'altro che ridondante risulta, infine, l'ultimo punto toccato nella Dichiarazione adottata, ossia quello di "concretizzare le promesse: rafforzare il meccanismo di esame dell'attuazione delle decisioni adottate". Quello che si intende creare è uno strumento sinergico di decisione che permetta di superare la diffidenza statale verso la "macchina" europea e che porti nuovamente linfa al metodo concertativo comunitario, sempre più spesso di recente compromesso a fronte di diversi accordi intergovernativi.

E' evidente che, se da un lato, la frattura prodotta dall'uscita del Regno Unito dall'Unione europea sembra preconizzare scenari non immediatamente percettibili¹⁶⁶, dall'altro, sussiste la ferma intenzione di proseguire nel processo federativo europeo.

Processo, peraltro, che sembra caratterizzarsi anch'esso per la difficile definizione del perimetro europeo in considerazione delle richieste di adesione di diversi Stati, tra i quali si segnala anche la Turchia, che non è stata reputata ancora in grado di soddisfare i c.d. Criteri di Copenaghen¹⁶⁷ per

¹⁶⁵ Ha costituito oggetto di acceso dibattito la conclusione dell'accordo tra Unione europea e Turchia raggiunto il 18 marzo 2016 circa la gestione delle quote di migranti al fine di contribuire a realizzare un (primo) corridoio umanitario per l'approdo e l'assistenza ai migranti richiedenti protezione internazionale. Tale accordo, peraltro, prevedeva a favore dello Stato turco, in risposta alla collaborazione concordata, lo stanziamento di risorse finanziarie da parte dell'Unione europea e un'accelerazione nella valutazione della richiesta avanzata dalla Turchia di adesione all'Unione europea.

¹⁶⁶ Tra gli altri, cfr. H. HOFMEISTER, *Should I Stay or Should I Go? - A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU*, in *16 European Law Journal* 589 (2010); A. ŁAZOWSKI, *Withdrawal From The European Union And Alternatives To Membership*, in (2012) *37 European Law Review* 523.

¹⁶⁷ Tali criteri sono stati definiti in occasione del Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993 e consistono ne:

la presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela, ossia i valori di cui all'art. 2 TUE;

l'esistenza di un'economia di mercato affidabile e la capacità di far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all'interno dell'Unione;

l'attitudine necessaria per accettare gli obblighi derivanti dall'adesione e, segnatamente, la capacità di attuare efficacemente le norme, le regole e le politiche che formano il corpo della legislazione dell'UE (l'«acquis»), nonché l'adesione agli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria.

potere procedere all'adesione all'Unione europea ai sensi dell'art. 49 TUE¹⁶⁸. Senza voler scendere qui nel dettaglio, sia consentito solo rammentare che le recenti vicende che hanno interessato lo Stato turco a seguito del tentativo di golpe e della ripresa del potere da parte del Presidente Erdogan¹⁶⁹ hanno posto in evidenza la necessità di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, l'affermazione del principio democratico e dello Stato di diritto per tutti gli Stati aderenti alla costruzione europea.

In questo senso, la politica perseguita dall'Unione europea sembra attestarsi nel senso di contribuire alla formazione di regole comuni e realmente efficaci nel perseguimento degli obiettivi prefissati, rispetto ai quali anche le istanze di adesione avanzate ai sensi dell'art. 49 TUE confermerebbero l'esigenza di una valorizzazione del carattere quasi "federale" della struttura integrata europea.

9. Alcune considerazioni conclusive. Il progetto di integrazione europea nel tentativo di composizione dei popoli d'Europa.

Nel tentativo di fornire qualche conclusione alle considerazioni esposte, sarebbe opportuno soffermarsi in ultima analisi sulla funzione assunta dallo strumento di consultazione popolare nel panorama politico internazionale.

Il *referendum* sul distacco della Gran Bretagna dall'Unione europea non rappresenta certamente un *unicum* circa la possibilità di formalizzare l'uscita da un altro Stato nel panorama internazionale, che si arricchisce anche delle vicende relative all'indipendenza della Scozia dal Regno Unito, della Catalogna dalla Spagna, del Quebec dal Canada. Tuttavia, come evidenziato da alcuni commentari¹⁷⁰, il caso che potrebbe presentare caratteristiche simili a quelle che verrebbero ad interessare i nuovi equilibri tra Gran Bretagna e Unione europea potrebbe essere quello della secessione della Groenlandia dalla Danimarca nel 1985, anche se nulla è cambiato nel Trattato a seguito del distacco¹⁷¹ e, inoltre, "moreover ... Greenland's interests are still represented via Denmark and Greenland's major concern was to exercise exclusive rights over fisheries. Nothing else mattered as much".

Il *referendum* in questione si segnala per l'importanza del soggetto istituzionale che costituisce il contraddittore nei rapporti da costruirsi, vale a dire l'Unione europea. Da ciò deriva indubbiamente una maggiore complessità nelle singole politiche da rinegoziare in materia di lavoro, sanità, asilo, libero mercato e, da come potrebbe evincersi dalle dichiarazioni a caldo del Presidente della Commissione europea Juncker, la macchina europea non necessariamente aspetterebbe la ricollocazione degli "ingranaggi uscenti" per ricominciare a funzionare.

Per avviare i negoziati di adesione all'UE, un paese deve soddisfare il primo criterio.

¹⁶⁸ "Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo.

Le condizioni per l'ammissione e gli adattamenti dei trattati su cui è fondata l'Unione, da essa determinati, formano l'oggetto di un accordo tra gli Stati membri e lo Stato richiedente. Tale accordo è sottoposto a ratifica da tutti gli Stati contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali".

¹⁶⁹ Al momento in cui si scrive, si segnala che ha avuto luogo il referendum turco sulla riforma costituzionale che vede l'ampliamento dei poteri del Capo di Stato, che diviene anche Capo di governo, con una conseguente "deminutio" delle prerogative parlamentari, oltre che ampliare la durata del mandato presidenziale. A seguito della vittoria del Sì – al netto delle considerazioni sugli eventuali brogli sul suo esito - suscita non poche perplessità la possibilità per il Presidente turco di dichiarare la sospensione del godimento di diritti civili in caso di emergenza e straordinarietà.

¹⁷⁰ Cfr. P. NICOLAIDES, *Withdrawal From The European Union: A Typology Of Effects*, in (2013) 20 *Maastricht journal of European and comparative law* 2, 212.

¹⁷¹ Esclusivamente una rideterminazione della disciplina in materia di pesca al fine di mantenere il libero accesso dell'allora Comunità europea al mercato ittico della Groenlandia.

Da ultimo, la portata dirompente espressa dalla consultazione referendaria in Gran Bretagna ben potrebbe trovare attuazione anche in altri Paesi¹⁷². Un'ipotesi simile era stata avanzata, seppur con sfumature parzialmente diverse, anche in Italia¹⁷³, rispettivamente dai leader del Movimento 5 Stelle e della Lega Nord. Il primo, incentrando sommariamente la campagna referendaria sull'uscita dalla moneta unita, considerata lo "spauracchio" di una forzosa Unione economica e monetaria; il secondo, soprattutto in considerazione del peso assunto dalla questione migratoria e dalla gestione in gran parte ricadente sullo Stato italiano in quanto Paese di frontiera e di prima accoglienza nello sbarco dei migranti.

Sempre nella prospettiva dell'emersione di movimenti populistici, sia consentito il richiamo alle recenti elezioni politiche olandesi che, sebbene abbiano registrato la vittoria del Premier uscente De Rutte, hanno posto in evidenza la forza propulsiva di populismi e di nazionalismi, esacerbati dalla difficile gestione delle principali problematiche che stanno interessando l'Europa, quale il fenomeno migratorio e la tutela della sicurezza interna.

Anche la consultazione referendaria in Gran Bretagna, come dimostrano peraltro i dati statistici riportati, sembrerebbe esser stata dettata dal malcontento nella popolazione per le politiche di libera circolazione delle persone e dei lavoratori, determinando un carico sicuramente più importante per la tenuta del *welfare state* e creando le condizioni di "competizione" lavorativa tra cittadini britannici e gli altri cittadini dell'Unione europea¹⁷⁴. Proprio questo fermento sociale sembra aver sedimentato nella comunità civile il bisogno di rivendicare la difesa della propria nazionalità.

Una simile impostazione ermeneutica sembra però scontrarsi proprio con l'intento, viepiù espresso in sede europea, di implementare i meccanismi di cooperazione e di sviluppo integrato tra i Paesi membri dell'Unione europea. Quasi con un movimento circolare, sembra che, tanto più convergono le spinte centripete di rafforzamento della struttura europea, quanto più sembrano legittimarsi movimenti populistici e nazionalisti che si impongono sulla scena politica e sociale attraverso la rinnovata promessa dei confini nazionali.

E' evidente, peraltro, che una classe politica instabile e fortemente divisa al proprio interno rischia di non essere in grado di arginare le rivendicazioni indipendentiste e nazionaliste, che portano alla costruzione di barriere fisiche o a procedimenti di distacco ovvero ad una sorta di instabilità del sentire sociale che tende a trovare sfogo, se non adeguatamente veicolato, in scelte forse non adeguatamente ponderate.

In conclusione, la scelta, promossa dal Premier dimissionario Cameron e cui ha fatto seguito in modo conforme la Premier in carica May¹⁷⁵, di uscire dall'Unione europea sembra esser stata

¹⁷² Cfr. E. BONINI, *E l'effetto-domino spaventa l'Ue. I nazionalisti: si voti anche da noi*, in *La Stampa*, 25 giugno 2016.

¹⁷³ Come sottolineato da attenta dottrina (cfr. A. MORELLI, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?*, in *Osservatorio AIC*, 20 luglio 2016, 8), "il fatto che l'art. 75 Cost. vieti referendum abrogativi su leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati e, secondo l'interpretazione estensiva generalmente accolta, su leggi di esecuzione dei trattati medesimi non significa che l'abrogazione (anche solo implicita) di tali leggi non possa avere luogo per opera del Parlamento, chiamato a dare seguito, nei tempi e nei modi ritenuti più adeguati, ad un voto popolare espresso nell'ambito di una consultazione referendaria d'indirizzo".

¹⁷⁴ In senso analogo, si veda A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 83.

¹⁷⁵ La Premier inglese Theresa May ha specificato l'intenzione di procedere ad una "hard Brexit", evitando, quindi, formule che prevedano il recesso a metà, sottolineando, peraltro, che l'uscita della Gran Bretagna non inciderà nei rapporti con l'Unione europea, che anzi si rafforzeranno in una relazione alla pari, con la creazione di una "Global Britain". Ha annunciato poi un piano di 12 punti (c.d. *White Paper*) che costituiscono le priorità nelle trattative con gli altri 27 Stati dell'UE, ossia la creazione di un mercato comune, tariffa doganale comune, l'implementazione dell'intervento parlamentare nella procedura di recesso, chiarendo quindi che "the government will put the final deal that is agreed between the UK and the EU to a vote in both Houses of Parliament, before it comes into force", controllo sull'immigrazione dall'Europa verso il Regno Unito, la definizione dello status dei cittadini europei in Gran Bretagna e viceversa, la previsione di un periodo di transizione, che non si trasformi, in ogni caso, in a "permanent political purgatory", la partecipazione della Gran Bretagna al bilancio dell'Unione europea, l'ipotesi della creazione di un'area di libero scambio, la preservazione dei rapporti tra Irlanda e Unione europea. Ha affermato da ultimo che nel caso l'uscita dall'Europa fosse in qualche modo ostacolata o, comunque, mal vista, la Gran Bretagna adotterà misure volte ad

dettata principalmente dai fenomeni sopra tratteggiati: da un lato, il malcontento sociale per le politiche di accoglienza e di apertura nei confronti degli altri Stati membri; dall'altro, lo sfaldamento partitico¹⁷⁶ che non ha saputo reggere l'impatto della campagna referendaria né ha saputo indirizzarne in maniera corretta le mosse, come dimostrano i ripensamenti da più parti mostrati a seguito del voto registrato.

La condivisione degli obiettivi, come ricordato – tra le altre - nella Dichiarazione di Bratislava, e il perseguimento coordinato degli stessi potrebbe essere l'unico antidoto alla paura di instaurare meccanismi di cessione della sovranità nazionale e di perdita dell'identità costituzionale di ciascuno Stato.

In estrema sintesi, non necessariamente l'avanzare del progetto europeo porterebbe ad una *perdita di tono* delle istituzioni nazionali¹⁷⁷.

La recente Dichiarazione di Roma, adottata dai Capi di Stati e di governo dei 27 Stati membri dell'Unione europea e dai Presidenti della Commissione europea, del Consiglio europeo e del Parlamento europeo il 25 marzo scorso in occasione della celebrazione dei 60 anni dalla firma dei Trattati di Roma, pone in evidenza l'importanza della *unità* del progetto europeo, che è "... iniziata come il sogno di pochi ed è diventata la speranza di molti". Ad ogni modo, una visione condivisa dell'integrazione europea, come messo in evidenza, non è tale da compromettere le realtà nazionali; al contrario, promuove la diversità culturale, fermo restando il "pavimento" comune.

Il sentimento inglese di chiusura verso una consapevole costruzione europea sembra riportare ad emersione spinte centrifughe¹⁷⁸, improntate alla identificazione nell'Unione europea della principale responsabile del collasso degli Stati membri. Un collasso che sembrerebbe, peraltro, allo stato preconizzato nel progetto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che vedrebbe l'ulteriore complicazione dei rapporti tra Unione europea e Stati membri ovvero tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il riferimento è tutt'altro che eccentrico se si considera che, nel caso in cui il Regno Unito uscisse dall'Unione europea ma rimanesse come Stato aderente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questo si troverebbe nella particolare posizione di dover sottostare ai dettami di Strasburgo, che, riguarderebbero peraltro anche l'applicazione e l'interpretazione delle norme dell'Unione europea, laddove coincidenti con le disposizioni della Convenzione europea (art. 52, par. 3, Carta di Nizza).

abbassare le tasse e ad aumentare gli investimenti. Piuttosto critico nei confronti della posizione assunta dalla Premier è il sindaco di Londra Sadiq Khan, il quale, in un'intervista a *The Guardian*, ha evidenziato che "if we continue on this path – towards a hard Brexit – we risk having to explain to future generations why we knowingly put their economy, their prosperity and their place on the world stage in such peril." Sulle due prospettive, si veda "*Hard Brexit*" o "*soft Brexit*"?, in *The Post*, 11 ottobre 2016.

¹⁷⁶ Come evidenziato, da ultimo, da M. GOLDONI, G. MARTINICO, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in Federalismi.it, 18/2016, 6, i quali hanno chiarito che il risultato referendario sulla Brexit "risponde alla qualità di una classe politica assolutamente inadatta, capace solo di scorporare le questioni spinose dalla propria agenda".

¹⁷⁷ E' interessante, in argomento, la ricostruzione di S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution*, in (2016) 79(6) *The Modern Law Review*, 1019 ss., il quale individua tre tipi di sovranità, che verrebbero in qualche modo in rilievo nel processo della Brexit: ossia quella popolare, nell'espressione del voto in occasione del referendum del 23 giugno; quella parlamentare, per l'esigenza di assicurarne il coinvolgimento nella notifica della volontà di ricesso; ed, infine, quella nazionale, con specifico riguardo alle nazioni che fanno parte del Regno Unito e che finirebbero per "subire" la decisione di Westminster di uscire dall'Unione europea.

¹⁷⁸ Interessanti, al riguardo, sono le riflessioni proposte da A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, cit., 112, il quale ben evidenzia la distorsione del processo integrativo europeo, che è in grado di produrre, con inusuale eterogeneità di fini, un meccanismo che porta al progressivo sfaldamento della struttura europea e che genera vere e proprie "crisi politiche di rigetto" nei confronti dell'UE e delle sue istituzioni, in particolare della Commissione" con "sollevazioni popolari (si pensi a quanto accaduto negli ultimi anni in Grecia, Spagna e Portogallo)" e la strutturazione di "formazioni politiche populiste (in Italia e in Francia, ma anche nel Regno Unito), se non addirittura nazionaliste e xenofobe a livello nazionale (si pensi al c. d. "Gruppo di Visegrad", ossia all'alleanza politica tra i Governi polacco, ungherese, ceco e slovacco, in funzione anti-immigrati)".

E' ovvio che al momento è consentito solo tratteggiare possibili scenari che si aprirebbero nel tessuto europeo, anche se la concreta definizione degli stessi sembra essere rimessa anche alle determinazioni popolari, la cui corretta dizione, nel senso che si è cercato qui di ricostruire, non sarebbe quello di *popolo d'Europa*¹⁷⁹, bensì di *popoli – troppo diversi - d'Europa*, lontani per scorgere una prospettiva comune.

¹⁷⁹ Forse, preconizzavano il percorso in senso centrifugo che avrebbe toccato l'Europa le parole pronunciate nel luglio 2014 dal Presidente della Commissione europea Juncker sull'impossibilità di creare gli Stati Uniti d'Europa e, soprattutto, di creare un popolo d'Europa.

Alessio Rauti*

La Corte costituzionale ed il legislatore.

Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali**

SOMMARIO: 1. Legislazione e giurisdizione: di un'apparente dicotomia. – 2. La discrezionalità del legislatore fra giudici e Corti europee. – 3. Il tramonto (definitivo?) della *political question doctrine* in materia elettorale. Dalla “legge truffa” alla [sentenza n. 1 del 2014](#). – 4. L'assenza di stringenti indicazioni delle Corti europee. – 5. L'applicazione elastica delle regole processuali nel giudizio costituzionale sulle leggi elettorali. – 6. “A volte ritornano...”. L'incidentalità della q.l.c. nella [sent. n. 35/2017](#). – 7. I tre assunti della [sent. n. 1 del 2014](#) e la ragionevolezza dell'*Italicum*: il *self restraint* della Corte sulla soglia di assegnazione del premio e sulla *SperrKlausel*. – 8. L'annullamento del ballottaggio. – 9. Le multicandidature ed il criterio residuale di scelta fra i collegi. – 10. Contrappeso e *self restraint*: la sorte del vizio di forma della legge sull'*Italicum*. – 11. Un sindacato a geometria variabile (astratto/concreto) e l'oscillante riferimento agli “inconvenienti di fatto”. – 12. La giurisdizione costituzionale come improbabile rimedio per l'apatia democratica.

1. *Legislazione e giurisdizione: di un'apparente dicotomia* – Il progressivo sbilanciamento dello Stato costituzionale verso il “diritto dei giudici” è un fenomeno tanto evidente quanto particolarmente complesso. Fra le molteplici cause di tale evoluzione si può richiamare, innanzitutto, il “peso” crescente accordato alla garanzia dei diritti fondamentali anche nella prospettiva inter- e sovranazionale, nonché la pervasiva richiesta di una loro tutela pure rispetto a campi non ancora, o non adeguatamente, normati.

In questo quadro, da un lato, non sempre il legislatore si mostra disposto a, o in grado di, fornire con sollecitudine un'apposita, ragionevole regolamentazione (e ponderazione) degli interessi in gioco. Dall'altro lato, l'esigenza di garanzia *adeguata* alla situazione è comunque assolvibile al meglio da una *iurisdictio* intesa come complessa opera del pensiero e non più nella sua accezione originaria, ovvero quale ripetizione fonetica dell'altrui parola (secondo il compito originariamente pensato da Montesquieu per la *bouche de la loi*). In questo senso, se la “voce della legge” fu storicamente invocata per evitare applicazioni a macchia di leopardo delle leggi incidenti sui diritti, nello Stato costituzionale contemporaneo proprio la magistratura è investita di un'istanza di *differenziazione*, preordinata tuttavia ad una più efficace tutela dei diritti fondamentali¹.

Sintetica A ciò si aggiunge la lunga ombra della c.d. “dottrina Marshall” sulla natura delle Costituzioni, che di esse ha valorizzato soprattutto l'essere *fonti* (superiori) del diritto – come tali, norme utilizzate nella funzione giurisdizionale per decidere sul caso concreto e per individuare il diritto *valido* da applicare – e meno il valore di atto politico per eccellenza². Com'è noto, tale

* Ricercatore confermato di *Diritto costituzionale* e docente di *Diritto pubblico* nell'Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

** Una versione ridotta del presente contributo è destinata al n. 2/2017 di [Rassegna Parlamentare](#).

¹ Potrebbe dunque sostenersi che «La giurisprudenza non *dice*, propriamente, nulla: essa *non-parla*, resta *altra* dalla voce. La sua pratica è la scrittura, che è sempre muta, che è traccia, che si fa soltanto lavorando attraverso le *differenze*, mettendo così in questione l'idea di una legge *identica* a sé stessa»: così T. GAZZOLO, *Voce e scrittura del diritto. Per una giurisprudenza senza-legge*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 50.

² La prima occasione in cui tale *doctrine* viene sviluppata risale alla nota sentenza [Marbury vs. Madison](#) del 1803, adottata, appunto, sotto la presidenza *Marshall*, con la quale per la prima volta si legittima formalmente e si esercita il *judicial review of legislation*, radicando la competenza della *Supreme Court* statunitense e degli altri giudici a pronunciarsi sulla validità delle leggi del Congresso (mentre in seguito, nel giudizio [Fletcher vs. Peck](#) del 1810, la Corte si è trovata per la prima volta ad accertare l'incostituzionalità di una legge statale). In tema, cfr. *John Marshall. 'Judicial review' e stato federale*, a cura di G. Buttà, Milano 1998. Nel definire la Costituzione una *higher law*, la Corte non solo le riconobbe una forza superiore rispetto alla legge ordinaria, ma – ciò che davvero fu una conquista fondamentale anche per l'avvenire – la considerò una vera e propria *law*, una fonte del diritto rientrante a pieno titolo nei materiali normativi di cui il giudice deve fare uso, anche al fine di disapplicare la legge incostituzionale nel caso concreto. In tal modo la Costituzione fu sottratta al rischio di una sua utilizzazione quale mera cornice di buoni propositi per il legislatore. Sui riflessi del

precedente si rivelò fondamentale negli Stati Uniti per lo sviluppo storico del *judicial review* e rimane ancora oggi un modello di effettiva e diffusa *implementazione* delle norme costituzionali che ha, in qualche modo, ottenuto una complessiva conferma anche nel nostro sistema di giustizia costituzionale accentrato.

Sul punto, è sufficiente ricordare la progressiva sensibilizzazione della magistratura ai valori del nuovo impianto costituzionale – si pensi, in tal senso, al famoso congresso di Gardone del 1965 dell'Associazione nazionale magistrati³ – ed il netto aumento delle occasioni di collaborazione fra Corte e giudici⁴. Per quanto, infatti, alla prima resti riservata la giurisdizione di invalidità, risulta nel tempo progressivamente esteso l'ambito della giurisdizione di validità rimesso ai secondi⁵, nel quadro di una relazione volta a tracciare nuovi e dinamici confini, all'interno di «una grande opera di ingegno collettivo, perché non si è trattato di scoprire ciò che già esisteva, ma di inventare qualcosa che non esisteva prima»⁶.

Tuttavia, ove ci si dimentichi della seconda “anima” delle Costituzioni, ovvero della loro natura di progetto politico, si può avere paradossalmente l'effetto – o l'impressione psicologica – di un sovraccarico “politico” delle Corti costituzionali, investite, loro malgrado, di questioni il cui tasso di politicità comincia a superare mediamente la soglia fisiologicamente sottesa ad un giudizio di legittimità su un atto politico. In breve: l'assenza di mediazione rappresentativa nell'attuazione ed attualizzazione della Costituzione – o l'ingiustificata attesa del legislatore che siano altri (i giudici) ad affrontare i nodi centrali della vita del Paese – costringe la Corte ad adottare decisioni dotate di un *surplus* di “forza politica” (sia pure, anche qui, non partitica)⁷.

In questa prospettiva, si potrebbe ad esempio ritenere che il *self restraint* della Corte di fronte alla c.d. discrezionalità del legislatore non sia solo il portato del principio di separazione fra i poteri nel rapporto fra organi di indirizzo ed organi di garanzia. Nel profondo, infatti, esso costituisce l'esito conseguente ad una concezione a tutto tondo delle Carte costituzionali, intese dunque anche come fondamentali pre-condizioni politiche di sviluppo di una società.

Del resto, l'idea per cui la Consulta e la Costituzione *insieme stanno ed insieme cadono*⁸ non può che valere anche per la concezione della Carta fondamentale quale massimo atto politico. Detto in altri termini: se la via dell'attuazione politica della Carta risultasse in tutto e per tutto coperta o sostituita dalla giurisprudenza costituzionale – con i suoi limiti derivanti dall'inevitabile approccio (a

«sillo logismo di Marshall» sullo sviluppo della giustizia costituzionale, v. ora O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2014, spec. 17 ss.

³ ... ricordato nella ricorrenza del centenario dell'ANM (1909-2009). In particolare, cfr., per opportuni approfondimenti, E. BRUTI LIBERATI, *L'associazione dei magistrati italiani*, in AA.VV., *Cento anni di associazione magistrati*, a cura di E. Bruti Liberati e L. Palamara, Milano 2009, 14 ss. Nella mozione conclusiva si afferma che «spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale».

⁴ In tema, cfr., di recente, M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino 2016, 481 ss.

⁵ Di un principio di «unicità della giurisdizione d'invalidità costituzionale» discorrono A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014⁵, 252 ss.

⁶ Così A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 150, secondo cui può individuarsi in tale evoluzione l'opera «di un agrimensore che, per un verso, traccia i reciproci confini e, per altro verso, segna i percorsi possibili attraverso le zone d'intersezione».

⁷ Sul concetto di “forza politica”, v. T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, in *Opere*, Tomo I, *Teoria generale*, Milano 2000, spec. 196 ss. Sui fattori di attivismo della Corte costituzionale, v., di recente, G. D'AMICO-D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, a cura di S. Sicardi, M. Cavino e L. Imarisio, Bologna 2015, spec. 578 ss.

⁸ Cfr. nuovamente A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 16.

vocazione sistemica, ma pur sempre) casistico ai problemi – non potrebbe che aversi, insieme, una degenerazione del valore politico della Costituzione e del ruolo non solo giurisdizionale, ma di garanzia della Corte, con l’accentuato rischio di una sua delegittimazione. Ovviamente, non si tratta di cedere alla premessa del *political constitutionalism* per cui, a fronte della migliore capacità del circuito rappresentativo di tutelare i diritti, andrebbe evitata l’incorporazione di questi ultimi nelle Costituzioni e la relativa opera giurisdizionale di applicazione e “manutenzione”⁹. Piuttosto, si difende qui una concezione *non riduttiva* della Carta fondamentale, che tenga conto di entrambe le sue anime (di progetto politico e parametro di legittimità).

In aggiunta, la trama dei rapporti fra politica e giurisdizione si è via via arricchita di ulteriori filoni. Accanto al tradizionale ruolo, insieme contro-maggioritario e di “supplenza”, della Corte costituzionale va considerata innanzitutto l’accresciuta creatività nell’attività interpretativa dei giudici ed il loro nuovo ruolo conquistato sul campo del giudizio incidentale.

Anche a tali giudici va riferito il termine “politico” nell’accezione lata e debole della classica bipartizione luhmaniana, quella che non chiama in campo un’appartenenza partitica, ma la capacità di incidere sulla vita di una comunità politico-sociale. Così, quanto agli effetti dell’azione, anche nelle pronunzie dei giudici “comuni” è rintracciabile un *tertium genus* situato fra l’atto normativo del disporre in generale ed in astratto – che non ha nulla a che fare con un giudizio in corso – e la decisione giurisdizionale dotata di effetti (esclusivamente) *inter partes*¹⁰.

Sia sufficiente richiamare il fatto che, nonostante le decisioni giurisdizionali abbiano formalmente effetti *inter partes*, ogni giudice ha comunque in mano l’innescò di un potenziale giudizio di costituzionalità ed il caso su cui deve decidere può costituire l’occasione tipica per ottenere una pronuncia *erga omnes* di accoglimento della Consulta. Agli stessi giudici, poi, la Corte sostanzialmente impone un maggiore “protagonismo” nell’individuazione delle tipologie di decisione specificamente richieste. Dovendo gli organi rimettenti indicare anche il c.d. “verso” delle pronunzie manipolative, essi partecipano, a loro modo, a “indirizzare” l’esercizio del potere decisorio della Corte – sebbene spetti a quest’ultima la scelta in merito non solo all’accoglimento o al rigetto, ma anche alla “tipologia” di decisione da utilizzare – e contribuiscono all’evoluzione del giudizio costituzionale, nel quale viene così introdotto per via pretoria uno specifico concetto di *petitum* originariamente non connesso ad un sindacato diretto esclusivamente a “rimuovere dubbi” di costituzionalità.

Specularmente, pure la scelta del giudice di rigettare l’istanza di parte volta ad ottenere un giudizio della Corte costituzionale è pur sempre potenzialmente gravida di conseguenze “politiche”, sia pure limitatamente al fatto che così si impedisce alla Consulta un giudizio eventualmente demolitorio della legge, potenzialmente applicabile ad una serie indefinita di vicende processuali.

Insomma, sull’adempimento della classica funzione di “portiere” o di “doganiere”, svolta dal giudice *a quo*, retroagisce l’anima ibrida del giudizio incidentale, che è allo stesso tempo *concreto* – nella misura in cui la sua genesi è radicata in un caso concreto – e *astratto*, in quanto potenzialmente in grado di trascendere, nei suoi esiti, il giudizio principale. Già sotto quest’aspetto, dunque, pure il lavoro dei giudici “comuni” ha forza politica in senso lato e incide sulla più ampia politicità che caratterizza l’operato del giudice delle leggi¹¹.

⁹ Riprendiamo la sintetica definizione da R. BIN, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1049. Sul “costituzionalismo politico”, v. O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 226 ss.

¹⁰ Sul «fastidioso doppio significato del termine “politico” (...) che ha il suo fondamento in diversi riferimenti sistemici che noi dobbiamo tenere distinti», cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli 1990, 52.

¹¹ Sulla *vexata quaestio* della “politicità” delle Corti costituzionali, oltre al T. MARTINES, *Contributo*, cit., spec. 196 ss., v., più di recente, M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, Milano 1999, 873 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2/2005, 273 ss., nonché per il tentativo di risalire, attraverso l’analisi delle decisioni costituzionali, ad una «dottrina» della Consulta sulla natura delle proprie funzioni, A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell’ordinamento democratico*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli. 2006, 401 ss. Più di recente, cfr. inoltre A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali*

Ci sono poi casi singolari nei quali l'aspetto appena descritto si ripresenta nella sua massima portata. Ne è un fulgido esempio la [sent. n. 119/2015](#), su cui ritorneremo brevemente in seguito, in cui addirittura la Corte di Cassazione ha deciso di pronunciare d'ufficio, dopo l'inammissibilità del ricorso, un principio di diritto nell'interesse della legge – che non avrebbe potuto avere alcun effetto sulla vicenda all'origine del suo giudizio (ai sensi dello stesso art. 363 c.p.c) – ed ha contestualmente ritenuto necessario rivolgersi alla Consulta per un vaglio di costituzionalità sul divieto legislativo di accesso degli stranieri al servizio civile nazionale.

Per quanto, in teoria, il principio di separazione tra poteri si traduca anche nella distinzione fra la produzione della *disposizione* – di competenza legislativa – e la genesi della *norma*, compito degli operatori pratici (fra i quali i giudici), non v'è dubbio che il principio fissato in tal modo dalla Cassazione, senza alcun legame (se non genetico) con la vicenda processuale originaria, non è una mera norma da applicare ad un caso (oramai inesistente), ma si presenta *nei fatti* come l'enunciazione di una disposizione – a sua volta, interpretabile – che ha come unico scopo la produzione del diritto *per il futuro*. Sotto tale aspetto, cade la tradizionale visione dell'equilibrio costituzionale che vede il governo provvedere *per il presente*, il Parlamento disporre *per il futuro* ed i giudici decidere *per il passato* (ovvero: in relazione a fatti già accaduti)¹².

L'evoluzione qui appena accennata è legata, come si ricordava, anche alla vistosa ritrosia del legislatore ad intervenire in ambiti potenzialmente pericolosi sotto il profilo del consenso elettorale. Non stupisce dunque che, in assenza di una specifica legislazione, vi possano essere decisioni dei giudici “comuni” destinate a costituire un punto di snodo decisivo per lo sviluppo dell'ordinamento, contribuendo a costruire il «diritto senza legge»¹³. Viene alla mente, ad esempio, il *test* sviluppato dalla Corte di Cassazione nella triste vicenda Englaro al fine di decidere in quali casi si può procedere all'interruzione delle pratiche mediche salva-vita (alimentazione ed respirazione artificiali)¹⁴. Com'è noto, il processo argomentativo di normo-genesi è stato sviluppato a partire dai principi costituzionali e del diritto internazionale¹⁵, in completa assenza di una normazione sulle direttive anticipate di trattamento nelle situazioni di fine vita. Sotto il profilo sostanziale, ben pochi giudici potranno in futuro ignorare tali indicazioni in presenza di una situazione simile, al di là del fatto che la decisione della Cassazione non è formalmente vincolante per altri casi.

Ma ancora molti altri esempi potrebbero farsi in ordine alla formazione di “filoni” diritto vivente particolarmente innovativi. Si pensi alle decisioni sulla *stepchild adoption* – istituto che consente al minore di essere adottato dal *partner* del proprio genitore biologico – e sulla “omogenitorialità”, nelle quali, anche alla luce della Cedu (e della giurisprudenza della Corte edu) l'ampio risalto accordato al principio del “superiore interesse del minore” ha spinto, ad esempio, i giudici ad un'interpretazione

contemporanei, in [Federalismi.it](#), 5/2017, 14, secondo cui, pur dovendosi considerare la supplenza della Consulta alle omissioni legislative una «*culpa felix*» – secondo la definizione di G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. (pubb.)*, IX, Torino 1994, 32 – si potrebbe riconoscere che «forse abbiamo preteso troppo dalla Corte costituzionale». In particolare, «(...) la soluzione del problema di un'eventuale eccesso di *politicalità* della Corte non va ricercata sul piano degli “effetti” (pronunzie costituzionali), ma delle “cause” (inerzia o incapacità politico-legislativa del tandem Governo/Parlamento)». Su tale tema v. ora AA.VV., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2/2016, 483 ss.

¹² Così T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in ID., *Opere*, cit., Tomo I, Milano 2000, 500 s.

¹³ ... a sua volta costituito da diritti privi di copertura legislativa: cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., II, 1452 ss.; T. GAZZOLO, *Voce e scrittura del diritto*, cit., 49 ss.

¹⁴ [Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748](#).

¹⁵ Basti pensare al principio del consenso informato – «il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico» – che per la Cassazione ha «un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione» (artt. 2, 13 e 32), ma che trova riconoscimento anche nell'art. 5 della Convenzione (di Oviedo) del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, del 4 aprile 1997 (resa esecutiva con la l. n. 145/2001), nonché come profilo del più generale diritto all'integrità della persona garantito dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cfr. [§ 6](#) dei *Motivi della decisione*).

del tutto innovativa ed estensiva dell'art. 44, I c., della legge n. 184/1983 che, proprio per realizzare tale principio, consente l'adozione del minore "in casi particolari"¹⁶.

Anche sotto questo punto di vista, l'attuale modello di Stato costituzionale non è affatto un «mero perfezionamento del modello classico di Stato di diritto»¹⁷, ma il frutto di un cambiamento decisivo nel quale non solo la legge non è più schermo assoluto per la giurisdizione – che può tentare di superarla rimettendo gli atti alla Corte – ma le due funzioni, legislativa e giurisdizionale, sono poste «l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione»¹⁸. Se i giudici possono attingere direttamente alla Carta fondamentale, non sorprende che essi siano chiamati in modo pressante alla c.d. interpretazione costituzionalmente conforme della legge. Allo stesso modo, è difficile oramai immaginare *diritti (costituzionali) ... senza diritto*, sia perché le stesse norme costituzionali che li incorporano sono fonti del diritto, sia in quanto il compito di rispondere ad una domanda di giustizia implica che, in assenza di legislazione, il giudice si spinga ad individuare una regola per il caso anche ricavandola *direttamente* dalle norme costituzionali¹⁹.

La struttura progressivamente complessa di tale architettura sembra mettere seriamente in dubbio l'assunto in base al quale politica e giurisdizione danno vita a una vera e propria *dicotomia*, intesa come rapporto fra due termini che ricomprendono tutto l'insieme e fra i quali, dunque, *tertium non datur*²⁰.

Semmai, pur condividendo le due funzioni il carattere della complessità, fra essi c'è una tensione data semmai dall'oscillazione fra l'evidente *diversità* e la potenziale esistenza di punti di contatto. Le differenze fra i due termini derivano da molteplici fattori, fra i quali: lo scopo delle operazioni svolte, il diverso tipo di procedimento, la presenza di norme in materia di indipendenza ed imparzialità (che riguardano particolarmente i giudici), gli effetti delle decisioni e la possibilità, propria del legislatore, di attivarsi senza un impulso esterno (a differenza dei giudici che ordinariamente pronunciano su domanda). Se il complesso di tali elementi assicura l'irriducibile diversità fra la funzione giurisdizionale e quella legislativa – facendo dunque salvo il fondamentale principio di separazione dei poteri – alcuni di questi elementi sembrano comunque subire una notevole evoluzione nello Stato costituzionale contemporaneo, all'interno di una fisiologica «tensione (...) tra due fuochi, come nella

¹⁶ Cfr., ad es., la sentenza del Tribunale di Roma del 29 ottobre 2015. Fra i casi consentiti dalla norma viene in gioco segnatamente la lettera *d*), che si riferisce all'ipotesi in cui sia constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi anche come impossibilità *giuridica* nell'interesse della minore, partorita a seguito di procreazione medicalmente assistita all'estero. Per il collegio, tale schema deve applicarsi anche all'ipotesi del convivente dello stesso sesso, che aveva seguito lo stato di gravidanza della *partner* ed instaurato con la minore un rapporto genitoriale di tipo significativo (ancorché non di lunga durata). Va ricordato che la stessa Corte di Cassazione si è pronunciata sulla riconducibilità della *stepchild adoption* ai "casi particolari" previsti dalla legge sulle adozioni con la sentenza n. 12692/2016, confermando l'adozione in un caso simile e ribadendo che in questo caso si «prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore» (la decisione è consultabile in *Fam. dir.*, 11/2016, 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, 1034 ss.). In tema, cfr. almeno AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli 2014 (e spec., per i doveri distinguo, la relazione di sintesi di T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, spec. 646 ss., nonché, nello stesso *Volume*, la *relazione di sintesi del secondo gruppo di lavoro, su famiglia e relazione*, di E. LAMARQUE, 591 ss.).

¹⁷ Si tratta di un'affermazione alquanto pacifica in dottrina. Per tutti, cfr. da ultimo M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 8, ma *passim*.

¹⁸ Così, nuovamente, M. FIORAVANTI, *Il legislatore*, cit., 8, secondo cui tale evoluzione – dallo «Stato di diritto della tradizione» allo «Stato costituzionale del presente» (p. 1) – non è solo un mero perfezionamento, ma fonda un vero e proprio nuovo assetto di poteri. In tema, ci permettiamo di segnalare qui un pregevole inedito: S. POLIMENI, *I controllimiti nel dialogo fra le Corti*, tesi di dottorato Università Mediterranea di Reggio Calabria, XXIX ciclo, 2017, 2 ss.

¹⁹ In tema, cfr., fra gli altri, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al Diritto: contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli 2008.

²⁰ Nelle diadi i due termini possono essere antitetici (e dunque: contraddittori) oppure complementari/convergenti (contrari). A partire da tale distinzione, l'eventuale passaggio ad una triade può avvenire: nel primo caso, «per sintesi e dialettica, o per negazione della negazione», ovvero eliminando il "contraddittore". Nel secondo caso, «per composizione», ovvero operando una convergenza fra i contrari: cfr. N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma 2014, 7 s.

figura geometrica dell'ellisse»²¹. Del resto, a differenza della dicotomia nella semplice diversità – che si avvicina piuttosto alla categoria logica della contrarietà – i due termini ideali non escludono ipotesi intermedie, ma, per definizione, l'uno non può assorbire l'altro²². In tal senso, il superamento dell'idea del giudice come bocca della legge si realizza anche in una maggiore porosità/contaminazione fra le due funzioni sotto alcuni profili. Così, ad esempio, come già ricordato, alcune decisioni giurisdizionali possono avere una forza *sostanzialmente erga omnes* e/o addirittura non spiegare alcun effetto su un caso concreto. Si danno poi evidenti casi di funzioni *para-giurisdizionali* esercitate da organi a composizione politico-partitica.

Il discorso diventa ancor più chiaro ove si sposti lo sguardo al versante della giurisprudenza costituzionale ed alle differenti ricostruzioni delle Corti come giudici o, secondo l'accezione che ne diede il “primo” Kelsen, come “legislatori negativi”. La stessa Consulta, del resto, offre al giudice *a quo* una risposta fondamentale per la risoluzione del caso concreto, rispetta le norme del suo processo, ma, allo stesso tempo, può annullare una legge con effetti speculari a quelli realizzabili dal legislatore ed incidere con pari forza sul tessuto ordinamentale e sulla vita sociale e politica del Paese. In aggiunta, con una formula di sintesi, potrebbe dirsi che nella stessa attuazione di una Costituzione *per principi* intervengono diverse forme di discrezionalità – legislativa, giurisdizionale e “di garanzia” (tipica della Corte) – che inevitabilmente si intersecano.

Nel caso, dunque, della Corte costituzionale la natura di giudice peculiare (“di garanzia”) si riflette su alcuni temperamenti della diversità della sua funzione rispetto a quella del legislatore. Si pensi non solo all'effetto *erga omnes* delle sue decisioni di accoglimento, ma anche all'uso “elastico” delle norme processuali. Si tratta, dunque, anche qui, di verificare se *nel complesso* il temperamento dei fattori di *diversità* rispetto alla funzione legislativa non diventi irragionevole e, comunque, tale da preservare nella funzione svolta dalla Consulta il tratto fondamentale dell'essere “giudice”.

2. *La discrezionalità del legislatore fra giudici e Corti europee* – In tale quadro va ovviamente inquadrata la molteplicità di livelli di tutela dei diritti fondamentali, rispetto ai quali hanno assunto un peso rilevante le decisioni di giudici “esterni” agli equilibri interni fra i poteri dello Stato ed i loro rapporti con le Corti nazionali.

Il superamento dell'isolamento – o, com'è stata di recente definita, della “solitudine” – delle Corti interne pone in capo a queste ultime il compito di verificare, di volta in volta rispetto alle questioni concrete, se quella dei giudici europei si dimostri una buona o cattiva compagnia²³. Il rischio, infatti,

²¹ Su tale immagine, v. ancora M. FIORAVANTI, *Il legislatore*, cit., 18.

²² La distinzione presuppone (pur non coincidendovi) la differenza fra i due diversi tipi di legittimazione – democratica e meta-democratica – di cui godono, rispettivamente, gli organi di indirizzo politico (direttamente o indirettamente) ed i giudici, compresi la Corte costituzionale. In tema, v. per tutti A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, *passim*. Per l'innesto, in tale quadro, anche di una terza forma di legittimazione, quella scientifica, cfr., dello stesso Autore, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del Seminario di Parma svoltosi il 19-03-04), a cura di A. D'Aloia, Torino 2006, 569 ss. Anche qui, chiaramente, possono darsi. Da un lato, infatti, pure la Consulta possiede un'anima democratica (ancorché solo in via indiretta e parziale, ovvero attraverso l'elezione di una parte dei giudici ad opera del Parlamento in seduta comune), ma non può dirsi in alcun modo rappresentativa (cfr. V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in ID., *Stato, popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 231), traendo piuttosto la sua legittimazione dalla funzione di garanzia della Costituzione (ivi compreso il principio democratico), allo stesso modo, potrebbe dirsi, del Pontefice cattolico, eletto dai cardinali ma, secondo il diritto canonico, non rappresentativo degli stessi. La *diversità* richiamata nel testo riguarda piuttosto le *modalità* di attuazione della Costituzione – e, dunque, le funzioni, la struttura dell'organo che le esercita e le norme che ne disciplinano l'esercizio – che ovviamente pur risentono delle differenze di legittimazione. Sul «doppio lato» – politico e giurisdizionale – dello Stato moderno e nello Stato costituzionale contemporaneo, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2001, 3 ss.

²³ La terminologia è ripresa da S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, 21 ss. (e, in tema, utilizzata pure da F. SAITTO, *'Solitudine' delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss.).

è che, divenuti oramai «parti di un sistema corale»²⁴, i giudici interni si ritrovino accanto a Corti esterne che utilizzano “chiavi” musicali differenti per interpretare gli “spartiti” (le disposizioni delle Carte sui diritti) e legate ad equilibri assai diversi da quelli consacrati nelle Costituzioni nazionali. In tal senso, la stessa immagine irenica del “dialogo fra le Corti” non riesce a nascondere l’esistenza di occasioni di conflitto fra l’ordinamento interno e quelli europei (dell’Unione o della CEDU) o di difficile “negoziante” svolta dai giudici costituzionali nella prospettiva multi-livello, per quanto nel lungo periodo è facile notare diversi, reciproci adattamenti.

La stessa scelta della Consulta di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione – prima nel giudizio in via principale e poi anche in quello incidentale – può valorizzare un importante strumento di cooperazione processuale inter-livello e, dunque, di “avvicinamento” fra le Corti. Ma, allo stesso tempo, rende potenzialmente più dirompente l’ipotesi di un eventuale dissidio, come dimostra il “caso Taricco”, sul quale torneremo di qui a un momento. Più in generale, sarebbe molto più difficile sfuggire al c.d. «dilemma del porcospino», se non fosse per l’abilità delle Corti di gestire il conflitto sul piano del mutuo adattamento e/o del ricorso a sottili (ancorché spesso discusse) tecniche argomentative²⁵. Del resto, se le relazioni fra le Corti non possono essere fondate su criteri di sotto- o di sovra-ordinazione – fra le stesse, trattandosi, piuttosto, di «un rapporto “a rete”»²⁶, solo il contestuale ricorso a strumenti di dialogo e di negoziazione del conflitto (o di gestione sul piano argomentativo) può evitare che le maglie della trama risultino soffocanti. In tal modo, anche attraverso la gestione del conflitto gli indirizzi delle diverse Corti possono nel tempo affinarsi e talvolta convergere.

Tale opera si mostra poi particolarmente delicata e talvolta assai ardua nell’ipotesi di pronunce delle Corti europee che incidano pesantemente sul rapporto fra giudici interni e legislatore statale. Formalmente, non v’è dubbio che il limite interno delle c.d. *political question* non riguarda allo stesso modo i giudici europei, essendo peraltro ben altra cosa il c.d. margine di apprezzamento che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU. Si potrebbe infatti sostenere che, mentre le *political question* “interne” definiscono un *domaine reservè* del legislatore nazionale tendenzialmente stabile, il riconoscimento da parte della Corte EDU di un margine di apprezzamento statale ha una sua specifica finalità, un precipuo effetto ed un probabile corollario²⁷. Innanzitutto, con tale strumento non si intende delimitare un preciso campo di azione sottratto alla giurisdizione statale, quanto e piuttosto preservare la complessiva flessibilità nei rapporti *fra gli Stati*. Inoltre, i confini rimessi al margine di apprezzamento degli Stati sono particolarmente mobili e sottesi dal principio di proporzionalità, potendo il giudice europeo estendere i margini del suo intervento al crescere della convergenza fra le legislazioni statali²⁸. In terzo luogo e di conseguenza, «l’apertura verticale induce quella orizzontale. (...) giudici nazionali divengono interessati ad accertare quale sia la soluzione

²⁴ Cfr. nuovamente S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 21.

²⁵ L’immagine di Schopenhauer evocata nel testo che allude, com’è noto, al dilemma di due creature che, nel tentativo di combattere il freddo, devono trovare la giusta distanza per avvicinarsi fra loro senza ferirsi reciprocamente – è stata da ultimo utilizzata proprio in relazione al dialogo fra le Corti in Europa da S. CASSESE, *op. ult. cit.*, cit., 30 (riprendendo uno spunto di P. Cruz Villalón), secondo cui anche queste ultime «debbono cercare il giusto equilibrio tra cooperazione e isolamento».

²⁶ Così M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, 48.

²⁷ In tema, cfr. almeno F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura, Torino 2003, 65 ss., nonché, più di recente, M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2-3/2012, 359 ss.

²⁸ Ovviamente, in tutti e due i casi perdura un’ampia penombra di discrezionalità delle Corti nell’individuazione di ciò che costituisce *political question* e degli ambiti che rientrano nel margine di apprezzamento statale (nonché dei contorni di tale margine e della loro evoluzione nel tempo). Sul primo aspetto, v. C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano 1991, nonché, più di recente, D. BELVEDERE, *Il “difetto di giurisdizione” della Corte costituzionale in presenza della discrezionalità del legislatore ed il “difficile” ruolo del giudice a quo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., I, 221 ss.

legislativa data in altri Paesi a certi problemi, per le implicazioni che possono esservi nei conseguenti giudizi nazionali»²⁹.

Tuttavia, i due istituti – *self restraint* della Corte costituzionale a fronte di una *political question* e riconoscimento del *margin of apprezzamento statale* da parte delle Corti europee – possono facilmente incrociarsi, con effetti singolari e non poco problematici. L'ipotesi è resa possibile dalla natura esterna delle Carte dei diritti dell'Unione e del Consiglio d'Europa e dei relativi giudici che ne garantiscono l'osservanza. Difatti, esse pongono «obblighi di risultato che incombono allo Stato nel suo complesso, attraverso l'attività, cioè, di qualsiasi dei suoi organi»³⁰.

Ora, la circostanza per cui lo Stato membro dell'Unione o del Consiglio d'Europa risponde *nel suo complesso* per l'inadempimento degli obblighi internazionali o dell'Unione – dunque anche in conseguenza di decisioni giurisprudenziali – chiama in causa non soltanto le relazioni fra l'organizzazione sovra- o inter-nazionale e lo Stato membro, ma anche, in via consequenziale, il rapporto interno fra legislatore e giudici.

Sono proprio questi ultimi – compresa la Corte costituzionale – a risentire in primo luogo di tale “pressione”, ancor più insistente e assai pericolosa laddove i rapporti fra Stato ed organizzazioni inter- o sovra-nazionali investano una *political question* e addirittura nel caso in cui il rispetto della discrezionalità del legislatore statale sia invece imposto dal rispetto di un *principio supremo*, come nel caso della tassatività della fattispecie penale, dando vita alle note problematiche dei c.d. *controlimiti*³¹.

Ne è un esempio recente l'[ordinanza n. 24/2017](#) della Corte costituzionale, resa in via incidentale sulle questioni sollevate a fronte della [decisione Taricco della Corte di giustizia](#) che chiama i giudici nazionali a disapplicare le normative nazionali in tema di prescrizioni pregiudizievoli dell'art. 325 TFUE. In particolare, il giudice dell'Unione fa riferimento a misure che impediscano «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda(no), per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»³².

Ora, la scelta della Consulta di operare in tal caso un rinvio pregiudiziale avviene al termine di un'ordinanza fondata in modo deciso su un assunto assai consueto nei rapporti “interni” col legislatore, ma qui messo in tensione dall'ardita scelta della Corte di Lussemburgo: il principio di tassatività delle norme penali, stante la natura *sostanziale* che la prescrizione assume nell'ordinamento italiano. Così, può leggersi che

²⁹ Così S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 29.

³⁰ Così, con riferimento alla CEDU, E. CANNIZZARO, *I diritti degli “stranieri” nella Cedu*, in AA.VV., *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Napoli 2016, 36, secondo cui proprio tale natura degli obblighi convenzionali fa sì che «l'oggetto del controllo operato dalla Corte non riguard(i) generalmente l'esistenza di una situazione di conformità normativa fra gli ordinamenti degli Stati parte e le disposizioni convenzionali. Se così fosse, la Convenzione formulerebbe un obbligo di mezzi e non di risultato».

³¹ Ovviamente, la stessa discrezionalità legislativa in materia non può tradursi in manifesta irragionevolezza o addirittura arbitrio, come dimostra anche di recente la [sentenza n. 56/2016](#), in materia di sanzioni penali per reati paesaggistici, con la quale la Corte ha stigmatizzato, fra l'altro, l'irragionevole scelta del legislatore di punire più gravemente le condotte incidenti su beni sottoposti a vincoli provvedimentali – qualificate come delitti – rispetto a quelle incidenti su beni vincolati per legge, configurate come contravvenzione, e di delineare un complessivo trattamento sanzionatorio delle prime di gran lunga più severo rispetto a quello riservato alle seconde, che integrano invece una contravvenzione (art. 181-*bis* del codice dei beni culturali e del paesaggio, d. lgs. 42/2004, come modificato dalla l. n. 308/2004). Con la pronuncia, *riduttiva di disposizione*, è stata dichiarata l'illegittimità di due intere lettere (*a* e *b*) del menzionato articolo, con l'effetto di estendere alla prima tipologia di condotta quanto già previsto per la seconda, ovvero limitando la qualificazione di delitto paesaggistico ai soli interventi volumetrici di particolare consistenza. Cfr. A. NATALINI, *La “contravvenzionalizzazione” del delitto paesaggistico: il “sacrificio” del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria*, in [dirittopenalecontemporaneo](#), 2016.

³² Cfr. [decisione CGUE dell'8 settembre 2015 \(C-105/14\)](#).

al giudice – s'intende: anche a quello europeo – «non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate».

In questo caso, il rinvio non è solo un opportuno avviso di possibile rottura episodica del “dialogo”, ovvero la premessa per l'attivazione dei contro-limiti³³. È altresì il modo tangibile in cui il *tandem* giudici-Corte prova a reagire ad una inattesa e ardita sollecitazione dell'Unione europea. In altri termini, il fatto stesso che, pur dopo l'inaudito “via libera” della Corte di giustizia, alcuni giudici abbiano sollecitato l'intervento della Consulta anziché procedere alla verifica ed alla eventuale disapplicazione richiesta dal giudice dell'Unione è un freno importante ai tentativi di aggiramento del Tribunale costituzionale da parte della CGUE³⁴. È chiaro, peraltro, che in questo caso ai giudici necessita comunque un chiarimento sul modo in cui i due ordinamenti si integrano con riguardo alla fattispecie al centro del “caso Taricco”, che solo la Corte costituzionale può ed è legittimata a realizzare, pure a costo di intimare sostanzialmente al giudice dell'Unione il rispetto dei contro-limiti. Del resto, proprio attraverso la sua posizione ed un'innegabile autorevolezza, la Consulta può condurre la “negoiazione” necessaria per assicurare la garanzia dei diritti in gioco e, al contempo, per stimolare il legislatore ad intervenire al fine di assicurare una maggiore conformità dell'ordinamento interno ai principi del diritto dell'Unione.

L'occasione di dialogo viene dunque offerta dal giudice delle leggi con piena consapevolezza del proprio ruolo di custode della certezza dei diritti costituzionali – a fronte del rischio di opposti esiti giurisprudenziali – e, dunque, della stessa riserva in capo al legislatore statale in un ambito direttamente “fortificato” da un principio fondamentale, nonostante alla stessa Consulta sia ben chiara la necessità di rivedere la normativa italiana sulla prescrizione. Ma, se da un lato, la [sentenza della Corte di giustizia](#) può essere letta nel senso di un brusco azzeramento dei margini di apprezzamento

³³ La mossa è rimessa alla Corte di giustizia, la quale dovrà decidere se con la sua [precedente sentenza](#) «abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano». L'[ordinanza](#) è valutata in termini positivi anche da A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#), 81 ss.. Sulla vicenda Taricco si è già formata una ricchissima bibliografia. Oltre al contributo già citato – ed a quelli richiamati in seguito – ci limitiamo a ricordare, fra gli altri: AA.VV., *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2017; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 luglio 2016, nonché, nella stessa [Rivista](#), V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*. Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 febbraio 2017; F. BAILO, [Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria \(ma non troppo!\) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco](#), in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#), 95 ss.; G. PICCIRILLI, [L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida \(nota a Corte cost., ord. n. 24/2017\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#), 125 ss.

³⁴ In verità, in questi casi il rischio che i giudici diano direttamente seguito alle indicazioni della Corte di giustizia, disapplicando la legge e così aggirando il giudice delle leggi, non è affatto improbabile. Per alcuni esempi – con esiti per giunta opposti – v. D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 6 marzo 2017, 1 (che cita le decisioni della Corte di Cassazione nn. 44584/2016 e 2210/2015). Per A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in [LaCostituzione.info](#), come accaduto in altre occasioni, anche qui «i giudici nazionali cercano di allearsi con il giudice europeo per scardinare un insieme di lacci e laccioli apprestato dal legislatore nazionale per ostacolare il loro perseguimento della giustizia (garantendo l'impunità rispetto a reati difficili da indagare e perseguire)». In ogni caso, l'A. rileva che in questo caso la Corte di giustizia utilizza surrettiziamente il rinvio pregiudiziale in luogo del naturale rimedio che dovrebbe attivare la Commissione europea, ovvero la procedura di infrazione – con la quale lo Stato rimane libero di stabilire le modalità di adempimento dell'obbligo di rimediare alla violazione eventualmente accertata – che tuttavia presenta un alto tasso di politicità (e, dunque, potenzialmente, di ineffettività). Ma, si afferma, proprio a tale rimedio si dovrebbe infine ricorrere nel caso in cui la Corte di giustizia si rifiutasse di “collaborare” e la Consulta attivasse i contro-limiti annullando *in parte* qua la legge di esecuzione dei Trattati dell'Unione. In verità, come si ricorda più avanti nel testo, nella stessa [ordinanza di rinvio](#) la Consulta si muove con piglio su due fronti, non solo suggerendo alla Corte di giustizia una rivalutazione della sua decisione, ma tentando di spostare il piano del conflitto sui rapporti fra Unione e legislatore statale.

nell'individuazione degli strumenti necessari per garantire il rispetto dell'art. 325 TFUE, dall'altro lato il nostro giudice delle leggi svolge il suo "controllo d'identità" con altrettanta fermezza, individuando i precisi limiti di intervento in una *political question* che incrocia, allo stesso tempo, una *constitutional basic feature*³⁵.

È interessante, poi, che la Corte avvii due processi fra loro complementari. Il primo si fonda sulla formale richiesta di collaborazione del giudice dell'Unione³⁶ attraverso la rivalutazione della sua stessa decisione alla luce, fra l'altro, del principio della tutela più intensa di cui all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che fa salve le garanzie più estese dei diritti eventualmente accordate dalle stesse Costituzioni nazionali. In questo caso, per la Consulta la tutela offerta nel nostro ordinamento è più garantista rispetto a quelle offerte dall'art. 49 della Carta di Nizza e dallo stesso art. 7 della CEDU. Tale prima indicazione è dunque un'offerta serrata di "dialogo", all'interno di una ordinanza garbata nello stile ma dotata di insolita «assertività» (e, per alcuni tratti, di non poca aggressività)³⁷.

Il secondo consiste nella "ricollocazione" del conflitto. In particolare, la Consulta tenta di sfuggire al pericolo di una tensione interna riconoscendo, da un lato, l'effettivo rischio di violazione dell'art. 325 TFUE, ma, dall'altro lato, riposizionando il conflitto sul piano della responsabilità statale per violazione dei Trattati. Tuttavia, poiché, tale responsabilità può derivare notoriamente anche da decisioni dei giudici interni – compresa la Corte costituzionale – tale passaggio è ancor più emblematico. Sembra infatti che la Consulta voglia alludere al fatto che, a prescindere da ogni questione di responsabilità statale, non le si può chiedere di tradire la ragione profonda della sua stessa funzione di garanzia: la difesa dell'identità costituzionale nazionale (se si vuole: del nucleo duro costituzionale). Né può seriamente pensarsi che la c.d. "europeizzazione" dei contro-limiti determinata dall'art. 4, TUE, possa indurre facilmente la Corte costituzionale ad abdicare alla sua funzione essenziale di custode delle *constitutional basic features* lasciando al giudice dell'Unione il compito di individuare ciò che costituisce "identità nazionale", specie di fronte al rischio di avere un "gioco a somma negativa".

Insomma, la Corte di giustizia non può imporre alla Consulta una sorta di auto-delegittimazione, se è vero che, si ripete, Costituzione e giudice delle leggi *simul stabunt, simul cadent* e che il livello di garanzia dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili costituisce – all'interno di un sistema «corale» di giudici, interni ed esterni – ciò che resta del "diritto all'ultima parola" dei Tribunali costituzionali. È questa, in definitiva, la *chiave delle chiavi* di interpretazione di ogni "spartito" sui diritti: il pericolo di profonda alterazione dell'equilibrio costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali e la preferenza per scelte che lo rendano dinamicamente ottimale. Al di là, dunque, dell'esito di questo "botta e risposta" con il giudice dell'Unione, saggiamente la Consulta rimette comunque al legislatore il compito provvedere ad una modifica della disciplina che rispetti, allo stesso tempo, il diritto dell'Unione ed i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione.

Pure al di fuori, comunque, di tali veri e propri *hard cases*, la necessità di muoversi su due tavoli – quello, interno, dei rapporti con la discrezionalità del legislatore e quello, esterno, del "dialogo" con le Corti europee – ha indotto più volte la Consulta ad introdurre, non senza una buona dose d'inventiva, moduli argomentativi particolarmente creativi (e non poco discussi). Così è avvenuto, ad esempio, in un altro campo "privilegiato" di tensioni con le Corti d'Europa qual è il sindacato sulle scelte statali (particolarmente costose) in materia di diritti sociali, dove pure in verità il rapporto con i giudici europei potrebbe offrire una sponda utile per riassetare gli stessi rapporti col legislatore³⁸.

³⁵ Sul rapporto fra contro-limiti ed identità nazionale, rinviamo ancora a S. POLIMENI, *I controlimiti nel dialogo fra le Corti*, cit.

³⁶ ... che in verità ostenta toni piuttosto ultimativi: cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit.

³⁷ Così D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza*, cit., 1.

³⁸ Per M. CARTABIA, *Diritti*, cit., 39, «Probabilmente, una certa diffusa timidezza delle istituzioni politico-rappresentative, unitamente al fatto di operare in un quadro costituzionale composito come è quello dell'Europa contemporanea – in cui neppure le Corti supreme si trovano in posizione solitaria al vertice del sistema giurisdizionale, dato che, specie in materia di tutela dei diritti individuali, condividono responsabilità e competenze con altre corti e giudici

In tale sforzo, è emblematico l'indirizzo della nostra Corte costituzionale volto a reinterpretare le sentenze della Corte di giustizia in modo da individuarne la sostanza e cogliere i margini di discrezionalità che essa lascia agli Stati, come accade pure in casi relativi alla tutela dei diritti sociali e sulla base di una differente prospettiva di valutazione da cui muove la Consulta, necessariamente «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro», a fronte, invece, di un giudizio *caso per caso* delle Corti europee³⁹.

Nel complesso, è evidente che la giurisprudenza delle Corti europee non tiene spesso conto dei limiti dei Tribunali costituzionali statali, che devono fare i conti con la propria legittimazione interna al sistema statale, alla luce dell'intreccio fra il loro destino e quello della stessa Carta fondamentale. Al punto che ci si è provocatoriamente chiesti se quella svolta dai giudici europei sia «un'effettiva funzione giurisdizionale in assenza dei suoi termini dialettici, cioè una comunità sociale e un potere politico»⁴⁰.

Difatti, se pure in particolare la Corte di giustizia sembra esercitare in pienezza tale funzione in sede di decisioni interne al proprio ordinamento di origine – si pensi al giudizio di validità della Corte di giustizia sulle fonti comunitarie derivate – nei rapporti con gli Stati il loro essere giudici è singolarmente privo di un aspetto tradizionalmente legato alla funzione giurisdizionale, ovvero l'inserimento in un preciso rapporto di separazione con la sfera di discrezionalità legislativa e l'essere soggetti alla legge (dei singoli Stati). Peraltro, il ricorso al rinvio pregiudiziale ad opera dei giudici nazionali intreccia inevitabilmente le due prospettive ed apre il campo ad insolite iniziative della Corte di giustizia, come quella qui descritta, che chiamano anche le giurisdizioni nazionali a svincolarsi dai limiti interni, magari attraverso la disapplicazione delle norme interne e nonostante l'esistenza di specifici vincoli costituzionali per i giudici “comuni”, a partire dall'art. 101, II c., Cost. In questo, la funzione svolta dalla Corte di giustizia – e un po' meno della Corte di Strasburgo, che ordinariamente interviene dopo l'esaurimento degli ordinari rimedi giurisdizionali interni – sembra premere per una svolta tale da compromettere eccessivamente quella *contrarietà* rispetto alla funzione legislativa che ancora deve contraddistinguere la *iurisdictio* nello Stato costituzionale contemporaneo.

Tale differenza costituisce, del resto, uno dei limiti attuali alla costruzione “federale” dei rapporti fra le Corti interne e quelle europee, anche rispetto al funzionamento dell'Unione europea⁴¹, accanto all'assenza di una piena unità politica⁴².

– influenza l'atteggiamento complessivo delle autorità giudiziarie, spingendole a non rifuggire da decisioni controverse e divisive e rendendole a loro volta fattori attivi della dialettica giurisdizionale».

³⁹ Cfr. [sent. 264 del 2012](#) (ma v. pure la [sent. n. 85/2013](#) sul caso ILVA). Sulle ragioni delle diverse prospettive da cui muovono, rispettivamente, la Corte costituzionale e le Corti europee, v. da ultimo M. CARTABIA, *Diritti*, cit., spec. 39 ss.

⁴⁰ Così R. BIN, *Diritti*, cit., 1054. Ma v. pure nuovamente M. CARTABIA, *Diritti*, cit., 43.

⁴¹ ... cui si aggiunge il duplice difetto formale di giurisdizione: *a)* della Corte di giustizia nel giudicare l'invalidità degli atti statali e *b)* della Corte costituzionale nel giudicare l'invalidità delle fonti dell'Unione. Che poi un sostanziale avvicinamento a tale obiettivo si sia fin qui realizzato o ipotizzato per vie traverse (rispettivamente: rinvio pregiudiziale di interpretazione e giudizio di legittimità costituzionale sulla legge di esecuzione dei Trattati in presenza di un contrasto fra una fonte comunitaria ed il nucleo duro costituzionale), questo non fa che confermare la mancanza di un vero federalismo giudiziario (e di una *Supreme Court*) all'interno dell'Unione Europea.

⁴² È chiaro poi che una tale trasformazione difficilmente può aversi senza che siano affrontati i problemi derivanti dall'attuale struttura bicefala della “giustizia” europea (Corte di giustizia/Corte EDU). Da un lato, l'idea che il giudice dell'Unione possa in futuro assorbire le funzioni della seconda sulla base di una sola *Carta europea dei diritti* – sulla quale v. A. SPADARO, *Una (sola) Corte per l'Europa*, in AA.VV., spec. 560 ss. – sembra per ora parecchio lontana dalla sua realizzazione, soprattutto se si tiene conto del persistente, limitato ambito di estensione dell'attuale Carta di Nizza (formalmente coincidente con il campo di applicazione del diritto dell'Unione, sia pure con l'applicazione potenzialmente trasversale del principio di non discriminazione). Dall'altro lato, in relazione all'ipotesi speculare (la Corte EDU come *unico* giudice europeo), il processo di adesione dell'Unione al Consiglio d'Europa ha subito una brusca battuta d'arresto con il parere n. 2/13 della Corte di giustizia proprio in vista delle notevoli conseguenze che essa avrebbe determinato in ordine ai poteri “di chiusura” del giudice della Convenzione, alle quali peraltro si potrebbero aggiungere, secondo alcuni, i rischi di «una pericolosa deriva, poiché (si) sminuirebbe il valore e la portata della Carta di Nizza, ben più avanzati della CEDU» (cfr. nuovamente A. SPADARO, *op. ult. cit.*, 563).

E tale inestricabile legame si irradia oramai da tempo verso lo stesso operato degli altri giudici nazionali, protagonisti crescenti nel nostro sistema di giustizia costituzionale, su cui gravano, inevitabilmente, onori ed oneri in un controllo di costituzionalità che oramai implica anche valutazioni di convenzionalità e osservanza del diritto eurounitario.

3. *Il tramonto (definitivo?) della political question doctrine in materia elettorale. Dalla “legge truffa” alla sentenza n. 1 del 2014* – La delicatezza nei rapporti fra Corte e legislatore in materia elettorale è sempre stata ben chiara alla dottrina costituzionalistica. Al punto che per alcuni studiosi apparve sin da subito insostenibile tanto l’idea che un sistema elettorale potesse realizzare l’eguaglianza matematica o assoluta del peso del voto *in uscita*, sia che il sistema elettorale in senso stretto avrebbe dovuto costituire per il giudice delle leggi una *political question doctrine* e dunque un ambito precluso ad un qualsivoglia giudizio di ragionevolezza. Considerato lo sviluppo nel lungo periodo, sembrano più che mai profetiche e stimolanti le conclusioni, in tema di uguaglianza, di un autorevole studioso, secondo cui:

«(...) rientra fra i compiti della Corte costituzionale di sindacare gli arbitri possibili in tal campo, ed anzi di tracciare – ove sia necessario – una precisa linea distintiva tra gli arbitri medesimi e le classificazioni rispettose della parità di trattamento. Né questo importa che la Corte esautori il legislatore, trasformandosi da interprete del testo costituzionale in produttore di nuovo diritto. Anche nelle ipotesi estreme or ora accennate, la distinzione della competenza resta ferma, giacché la potestà legislativa conserva sempre – come s’è notato – un ambito larghissimo di valutazioni incontrollabili, per lo meno dal punto di vista del principio d’eguaglianza»⁴³.

Partendo dunque dal presupposto che un controllo di costituzionalità sul sistema elettorale in senso stretto non comporta per ciò stesso un esautoramento della funzione legislativa e lascia ferma la distinzione di competenze rispetto alla giurisdizione costituzionale, il punto decisivo viene costituito dai confini del sindacato di ragionevolezza, che, secondo tale tesi, dovrebbe limitarsi ad individuare le ipotesi di arbitrio del legislatore.

In sostanza, deve escludersi che l’eguaglianza in uscita nelle elezioni possa essere assoluta e matematica. A ragionare diversamente, si dovrebbe trarre la conclusione della compatibilità con la Costituzione del solo sistema proporzionale, per quanto anche questo, se può meglio approssimarsi a tale forma di eguaglianza, difficilmente può garantirne la realizzazione ideale ed integrale.

In effetti, l’argomento dell’*eguaglianza sostanziale* del voto di ciascun cittadino fu una delle censure di incostituzionalità più penetranti rivolte dalle opposizioni alla legge De Gasperi (c.d. “legge truffa”) del 1953⁴⁴. Anche chi non accoglieva la tesi della costituzionalizzazione implicita del sistema proporzionale riconosceva che «se tale eguaglianza in materia elettorale significasse *eguaglianza sostanziale* del voto di ciascun cittadino, si dovrebbe trarre la logica conseguenza che nessun altro sistema sarebbe ammissibile se non quello indicato»⁴⁵.

⁴³ Così L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano 1965, 314 s. In tema, cfr. M.S. PIRETTI, *La legge truffa. Il fallimento dell’ingegneria politica*, Bologna 2003.

⁴⁴ ... fra gli altri, da P. CALAMANDREI, *Incoscienza costituzionale*, in *Il Ponte*, 1952, 1185. Sulla tesi che negava la legittimità costituzionale di qualsiasi sistema maggioritario, pure in un’eventuale applicazione relativa, cfr. C. LAVAGNA *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 848 ss. Tuttavia, si v. anche, dello stesso A., *le Istituzioni di diritto pubblico*², Torino 1973, 558, in cui affermava l’incostituzionalità di un sistema uninominale «puro e semplice» – ovvero senza correttivi – precisando che sarebbe stato invece ammissibile qualora «fosse tale da realizzare, attraverso determinati accorgimenti e per la riduzione del numero dei partiti, una rappresentanza molto ampia delle minoranze». Cosa ancora più interessante è che l’A. chiarisca che la valutazione di costituzionalità di una legge elettorale «dipenderebbe (...) dalla concreta sociologia elettorale» – e, dovrebbe dirsi, dalla potenziale strutturazione dei partiti, che dunque, almeno in teoria, non potrebbero costituire meri inconvenienti di fatto).

⁴⁵ Così, F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative*, in *Jus*, 1953 e successivamente in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino 1965, 279.

Tra i più accesi detrattori del premio si segnalava che – a fronte del principio di eguaglianza degli elettori senza distinzione per opinioni politiche (derivante dal combinato disposto dell’art. 3 e dell’art. 48 della Costituzione) – il termine “voto eguale” non comportasse solo l’esclusione del voto plurimo o multiplo, ma anche, in fase di trasformazione dei voti in seggi, l’illegittimità dell’attribuzione *ex lege* di un valore superiore ai voti dati a determinate liste rispetto a quello attribuito ad altre liste. Il premio, peraltro, avrebbe inciso in modo inammissibile anche sull’elettorato passivo – imponendo ai candidati delle liste di opposizione un numero di voti più alto rispetto a quello sufficiente per l’elezione dei candidati di maggioranza – e sullo stesso art. 49 Cost, ovvero sulla capacità dei partiti di influire sulla politica nazionale in base alla loro effettiva forza elettorale⁴⁶.

Tale tesi, non priva di fascino ma decisamente minoritaria in dottrina, fu anche confutata dalla Corte costituzionale a partire da una risalente pronuncia in cui il principio di eguaglianza del voto di cui all’art. 48 Cost. venne declinato in senso esclusivamente *formale*, ovvero nella prospettiva dell’eguaglianza in entrata – con esclusione, dunque, del voto plurimo e del voto multiplo – ritenendosi, invece, che il principio di uguaglianza non si estendesse al risultato concreto della manifestazione di volontà dell’elettore⁴⁷. In tal senso:

«Ciascun voto, quindi, nella competizione elettorale, contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi dell’amministrazione locale. Ma (...) il principio dell’eguaglianza non si estende, altresì, al risultato concreto della manifestazione di volontà dell’elettore. Risultato che dipende, invece, esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari».

Tuttavia, da un lato, con la sentenza in esame, di infondatezza, la Corte giudicò nel merito un particolare profilo – la nullità delle schede non vidimate prima dello spoglio – della legge di elezione degli organi delle amministrazioni comunali e dei Consigli provinciali, così escludendo l’esistenza di una *political question* in relazione all’intera materia elettorale. Dall’altro lato, rispetto alle formule di trasformazione dei voti in seggi, più che una *political question* il ragionamento della Corte sembra quasi alludere non solo ad una *decostituzionalizzazione* della materia, ma all’esistenza, in questo caso, di un ambito *costituzionalmente irrilevante* o quantomeno non coperto dagli artt. 3 e 48 Cost. Più tardi ([sent. cost. n. 172/1999](#)), infatti – sebbene in relazione ad altro ambito – la Corte ci ricorderà che esiste uno «spazio vuoto di diritto costituzionale», nel quale il legislatore può far pieno uso del «proprio potere discrezionale».

⁴⁶ Va appena ricordato che, in base alla legge n. 148 del 1953, venivano garantiti, a titolo di premio, 380 seggi alla Camera al gruppo di liste collegate che avessero raggiunto la maggioranza assoluta dei voti validi. Tale cifra assoluta di seggi sarebbe corrisposta al 64.01% dei seggi complessivi, considerato che, all’epoca, il numero dei seggi era variabile e determinato in base all’entità della popolazione. Si trattava dunque di un premio solo eventuale e *majority reinforcing*, diretto cioè a rinforzare una maggioranza già esistente. Per una serrata critica alla tesi della compatibilità con la Costituzione dei soli sistemi elettorali proporzionali, cfr. F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche*, cit., 282 ss., secondo cui, «se tutto ciò fosse vero, si dovrebbe anche concludere che, oltre la Camera, nemmeno il Senato potrebbe essere eletto con un sistema diverso da quello proporzionale giacché la Costituzione, quanto al metodo delle elezioni, detta la medesima assai ampia formula per ambedue le Assemblee (“suffragio universale e diretto”, artt. 56 e 58) e in generale disciplina le stesse Assemblee nell’identico modo» (p. 283). A ciò si aggiunge, secondo l’A., la circostanza dirimente per cui, a differenza di quanto si ritenne preferibile per la Camera, la Costituente votò un ordine del giorno secondo cui avrebbe dovuto essere costituito il Senato con il sistema maggioritario a collegio uninominale. Com’è noto, nel momento in cui fu approvata la legge n. 148 del 1953 la normativa vigente di elezione del Senato (l. n. 29 del 1948) prevedeva un sistema maggioritario di assegnazione dei seggi in collegi uninominali *supermajority*, con eventuale applicazione residuale del criterio proporzionale in circoscrizioni regionali per la ripartizione dei seggi non assegnati nei collegi in cui nessun candidato avesse ottenuto il 65% dei voti validi. Tuttavia, a causa dell’altissima maggioranza richiesta, il sistema “residuale” (proporzionale) divenne da subito il meccanismo principale di ripartizione dei seggi del Senato. Basti pensare che nelle elezioni del 1948 solo 15 su 237 seggi furono assegnati nei collegi uninominali.

⁴⁷ [Sent. n. 43 del 1961](#).

A fronte della completa chiusura della Corte è significativo che proprio in quel periodo un'attenta dottrina invitava a considerare «i veri problemi» che si sarebbero posti in questo ambito, riconducendoli proprio all'individuazione di un limite alla manipolazione del peso del voto *in uscita*. Posto che nessun sistema elettorale può mai garantire un'eguaglianza assoluta o matematica – e che dunque l'eguaglianza in questo ambito è sempre relativa – il delicato compito della Corte di tracciare «una precisa linea distintiva tra gli arbitrii medesimi e le classificazioni rispettose della parità di trattamento», richiedendo dunque alla legislazione elettorale un «minimo di ragionevolezza», induce tale dottrina a proporre alcune esemplificazioni, più che mai attuali, sia in relazione all'entità delle soglie di sbarramento, sia in ordine alle caratteristiche del premio di maggioranza⁴⁸.

Per quasi cinquant'anni la possibilità di un controllo da parte della Corte sulla ragionevolezza dei sistemi in senso stretto di elezione delle Camere era rimasta confinata agli studi della dottrina, mentre non erano mancate decisioni relative alla legislazione elettorale di contorno (incompatibilità, ineleggibilità, par condicio, etc.). Con la [sentenza di accoglimento n. 1 del 2014](#), com'è noto, la Consulta rompe gli indugi dopo molteplici moniti espressi in svariate sedi.

In verità, il fatto che il giudizio di costituzionalità sia stato aperto alle ipotesi di “manifesta irragionevolezza” della legge di elezione delle Camere mostra anche qui la tendenza della Consulta ad intervenire in materie politicamente delicate con un margine molto ampio di tolleranza, secondo uno schema affatto simile al controllo sul «minimo di ragionevolezza» indicato da Paladin. È pur vero che il giudice delle leggi sconta inevitabilmente l'aporia logica di un giudizio di costituzionalità che potrebbe in teoria lasciar salve leggi elettorali pur irragionevoli, ma “non in modo manifesto”, similmente a quanto può dirsi per il discutibile controllo sull'*evidente* mancanza di presupposti di necessità e di urgenza del decreto legge⁴⁹. Probabilmente, però, qui in misura maggiore che in altre occasioni analoghe, è ancor più in gioco il rischio di una eccessiva politicizzazione della Corte o, se si vuole, il rischio di avventurarsi in un terreno assai scivoloso per la sua legittimazione. In altri termini, la delimitazione dell'ambito di giudizio ai soli casi di manifesta irragionevolezza costituisce uno degli elementi sostanziali del suo giudizio – oltre a quelli processuali cui si farà riferimento in seguito – che possono far funzionare in modo fisiologico la *diversità* esistente fra la funzione giurisdizionale e quella legislativa. Tuttavia, evidentemente, ciò può essere accolto fino in fondo solo nella prospettiva di una lenta ma graduale capacità del giudice delle leggi di porre progressivamente argini più chiari alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale.

4. *L'assenza di stringenti indicazioni delle Corti europee* – Il richiamo finora svolto al c.d. dialogo fra le Corti, come fra poco si vedrà, non è *ultroneo* rispetto al tema centrale, la materia elettorale, di questo scritto. Va infatti ricordato che il nostro ordinamento non ha ricevuto indicazioni stringenti da parte delle Corti europee in relazione ai meccanismi di trasformazione dei voti in seggi. È pure vero che la Corte EDU ha sviluppato una consolidata giurisprudenza in materia elettorale, ma in relazione soprattutto ad aspetti di fondo, come la titolarità del diritto di voto, il suo libero esercizio ed i limiti all'elettorato passivo⁵⁰.

⁴⁸ Ci riferiamo ancora una volta al contributo di L. PALADIN, *Il principio costituzionale*, cit., secondo cui, ad esempio, «può essere valida la previsione per cui non compete la rappresentanza ai partiti che non abbiano raggiunto una cifra elettorale superiore al 5% della massa dei voti, ma sembra già molto discutibile l'elevazione del “quorum” al 10%. Ed inversamente è certo che non sarebbe conforme all'art. 3, I comma, una nuova legge Acerbo; ma non è forse impedita la possibilità di stabilire “premi di maggioranza” meno esorbitanti (sebbene tutti i premi in quanto tali diano luogo a “manipolazioni” dei sistemi elettorali e dunque rappresentino sensibili incoerenze del legislatore rispetto alle proprie premesse generali)».

⁴⁹ Lo ricorda A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 5.

⁵⁰ In materia di limitazione del diritto di voto, cfr. M. OLIVETTI, *Il dilemma del prigioniero. Riflessioni critiche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di limitazione del diritto di voto a seguito di una condanna penale*, in *Dir. soc.*, 4/2013, 583 ss.; F.R. DAU, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ed il diritto ad elezioni libere. In merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Namat Aliyev c. Azerbaijan*, in [Federalismi.it](#), 21/2012. Sulle limitazioni all'elettorato passivo per motivi etnici si possono richiamare la [sentenza Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina](#) del 22 dicembre 2009 – nella quale fu riscontrata la violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 Cedu in combinato disposto con l'art. 3, del Protocollo n. 1 – nonché, sempre rispetto allo stesso ordinamento

Anche su tali ambiti, peraltro, il giudice della Convenzione ha riconosciuto al legislatore statale un ampio margine di apprezzamento che, al di là delle affermazioni di principio, sembra comunque espandersi quanto più ci si avvicina al controllo sui meccanismi di trasformazione dei voti in seggi e, dunque, sulla c.d. eguaglianza in uscita⁵¹, come ampiamente confermato dalle indicazioni rinvenibili nella [sentenza Yumak e Sadak](#), riassuntive di una consolidata giurisprudenza⁵².

La scarsa incidenza della Corte europea sui meccanismi di trasformazione dei voti in seggi viene dimostrata non solo da quest'ultima [decisione](#) – particolarmente emblematica, perché relativa alla soglia di sbarramento nazionale del 10% prevista dalla legge elettorale turca⁵³ – ma anche da quelle

statale, la decisione [Zornić v. Bosnia and Herzegovina](#), del 15 luglio 2014, in cui rileva anche il mancato adempimento dell'obbligo di esecuzione della prima sentenza. Da ultimo, ma in relazione all'ingiustificata compressione del diritto di voto in base al requisito della residenza, si consideri la [pronuncia Pilav c. Bosnia Erzegovina](#) del 9 giugno 2016.

⁵¹ Per una sintetica ed efficace ricostruzione, cfr. L. TRUCCO, *Il caso Mathieu-Mohin e Clerfayt*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2011, 237 ss., cui adde D. GIROTTO, *Giudicare le elezioni: l'implementazione dei principi codificati dal Consiglio d'Europa e il caso italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2011, 2563 ss.; C. CIUFFETTI, *Il diritto a libere elezioni: orientamenti del Consiglio d'Europa e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Federalismi.it](#), 4/2013.

⁵² Nella [sentenza Yumak e Sadak c. Turchia dell'8 luglio 2008](#) la Corte ha sintetizzato sei punti chiave della sua «consolidata giurisprudenza» sull'art. 3 del Protocollo n° 1 della Convenzione: a) tale articolo ha ad oggetto diritti individuali: il diritto di voto e quello di candidarsi alle elezioni; b) tali diritti «non sono assoluti. Essi possono essere soggetti al delle “limitazioni implicite” e gli Stati contraenti godono in materia di un ampio margine di apprezzamento»; c) La nozione di “limitazione implicita” che deriva dall'articolo 3 del Protocollo n°1 «riveste una importanza ancora più grande quando si tratta di stabilire la legittimità dei fini perseguiti dalle limitazioni ai diritti garantiti da siffatte disposizioni». In particolare, non essendoci una lista tassativa di scopi legittimi, gli Stati contraenti per giustificare l'applicazione di una restrizione, possono fondarsi liberamente su di uno scopo che non figuri in modo espresso, a condizione che la compatibilità di tale scopo col principio di supremazia del diritto e con gli obiettivi generali della Convenzione risulti confermata dalle circostanze del caso. In tale ipotesi il giudizio della Corte è guidato da due criteri, dovendosi «ricercare da un lato se vi sia stata arbitrarietà o mancanza di proporzionalità, e d'altra parte (...) verificare se la restrizione abbia leso la libertà di espressione dell'opinione della popolazione»; d) in ogni caso «nessuna delle condizioni di cui sopra deve ostacolare la libera espressione del popolo relativamente alla scelta del corpo legislativo – in altre parole, esse devono riflettere, o comunque non contraddire, la necessità di mantenere l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale diretta a determinare la volontà della popolazione attraverso il suffragio universale»; e) «per quanto concerne il diritto di candidarsi alle elezioni, e cioè il versante «passivo» dei diritti garantiti dall'articolo 3 del Protocollo n° 1, la Corte deve mostrarsi in questo ambito ancora più prudente nella valutazione delle restrizioni di quanto non lo sia quando essa è chiamata ad esaminare le restrizioni al diritto di voto», valutando se sussista, in tema di accertamento delle inleggibilità, una procedura «dotata delle garanzie sufficienti e necessarie per impedire un uso arbitrario di tale potere»; f) «una volta che la popolazione abbia operato liberamente e democraticamente la sua scelta, nessuna ulteriore modificazione nell'organizzazione delle elezioni potrà mai mettere in discussione tale scelta, eccetto che in presenza di ragioni imperative per l'ordine democratico».

⁵³ In [questa decisione](#) la Corte EDU rileva innanzitutto l'esistenza di una giurisprudenza apparentemente contraddittoria della Corte costituzionale nazionale – che aveva annullato una soglia del 25% per il livello dipartimentale e lasciato in piedi quella del 10% a livello nazionale (funzionale alla stabilità di governo) – ed il fatto che il Consiglio d'Europa non abbia fissato norme vincolanti in materia di soglie elettorali, pur indicando che le stesse «non dovrebbero compromettere la possibilità delle minoranze di essere rappresentate» (§§ 51-52). Infine, pur accertando che nel panorama degli Stati del Consiglio d'Europa una clausola di sbarramento superiore al 5% costituisca un'ipotesi del tutto infrequente, in [tale pronuncia](#) la Grande Camera condivide l'assunto, già espresso in una precedente decisione della Camera, secondo cui la soglia del 10% persegue uno scopo legittimo (il contenimento dell'eccessiva frammentazione e la stabilità di governo) e, pur ritenendo condivisibili le argomentazioni degli organi del Consiglio d'Europa sulla sua natura eccezionale nel panorama comparato – e sulla necessità di un suo ridimensionamento – sottolinea come l'effetto della medesima soglia possa variare sensibilmente a seconda del Paese in cui la stessa è applicata, della sua evoluzione politica e, in particolare, in funzione del diverso assetto dei partiti. Infine, in ordine agli eventuali correttivi apprestati dallo Stato turco, un'analisi delle diverse tornate elettorali induce la Corte ad accertare che solo in particolari contingenze e periodi di crisi un'altissima percentuale di consensi è rimasta priva di cittadinanza. Pur essendo poi vietate le unioni di partiti volte a superare la soglia, poiché il sistema prevede anche l'esclusione della soglia per i candidati indipendenti – ancorché questi non potrebbero essere un pieno surrogato alla funzione dei partiti – il giudice della Convenzione «constata che i partiti politici che rischiavano di essere colpiti dallo sbarramento del 10% sono riusciti a sviluppare tutta una serie di strategie per attenuare gli effetti di tale sbarramento e questo anche se così facendo essi vanno contro lo scopo di tale sbarramento, sarebbe a dire evitare una eccessiva frammentazione parlamentare». Nel complesso, la Corte ritiene che la soglia sia eccessivamente alta, ma che, in quel preciso contesto politico, non abbia violato i diritti della Convenzione. In tema, cfr. R. DE CARIA, *Soglie elettorali e tutela delle minoranze*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2008, 1912 ss.

relative all'ordinamento italiano, a partire dalla pronuncia della Commissione [Silvius Magnago e Südtiroler Volkspartei c. Italia \(n. 25035/94\) del 15 aprile 1996](#)⁵⁴, fino alla [sentenza Saccomanno del 13 marzo 2012](#), relativa ad alcuni fra i profili più discussi della legge n. 270 del 2005 ed alla pretesa violazione dell'art. 3 del Primo Protocollo⁵⁵ e degli articoli 6 e 13 della CEDU⁵⁶.

Nella [seconda decisione appena richiamata](#) spicca innanzitutto il riferimento della Corte al rapporto 018(2006) sul diritto elettorale e l'amministrazione delle elezioni in Europa, adottato dalla Commissione di Venezia durante la sua 67a sessione plenaria tenutasi il 9 e 10 giugno 2006 e sottoposto all'Assemblea parlamentare il 6 novembre 2006, il cui contenuto preannuncia sostanzialmente l'esito della pronuncia. Difatti, in base al punto 28 del rapporto, riportato nella decisione:

«Gli effetti di un sistema elettorale particolare possono differire da un Paese all'altro e si deve riconoscere che i vari sistemi possono perseguire obiettivi politici divergenti se non addirittura antagonisti. Un sistema può privilegiare l'equa rappresentanza dei partiti in Parlamento e un altro può mirare a evitare la frammentazione della rappresentanza in piccoli partiti allo scopo di conferire una maggioranza assoluta dei deputati alla formazione incaricata di formare il governo. Un sistema elettorale può favorire una stretta relazione tra gli elettori e i «loro» deputati di circoscrizione e un altro agevolare l'introduzione delle donne, delle minoranze o di specialisti nelle liste bloccate dei partiti».

Nella sentenza la Corte richiama principi già espressi in precedenti pronunzie sulla centralità dell'art. 3 del Protocollo n. 1 nell'ambito della Convenzione⁵⁷ ed individua, fra i diversi diritti soggettivi implicati da tale articolo, quello, più generale, ad elezioni legislative che assicurino la libera espressione dell'opinione del popolo. Allo stesso tempo, però, si precisa che rispetto a tali diritti, riconosciuti ma non elencati o definiti espressamente, «vi è spazio per alcune "limitazioni implicite"». A tal fine, in continuità almeno formale con la sua giurisprudenza, la Corte individua due criteri di massima per valutare la violazione dell'art. 3: a) se vi sia stato un abuso o una mancanza di proporzionalità; b) se la restrizione abbia pregiudicato la libera espressione dell'opinione del popolo. Tuttavia, un siffatto controllo deve essere condotto alla luce dell'*evoluzione politica* del Paese interessato, «il che implica che alcune caratteristiche inaccettabili all'interno di un sistema possano essere giustificate nel contesto di un altro».

Un punto fermo anche in tale pronuncia è l'esistenza di un ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti «quando si tratta di determinare il modo di scrutinio attraverso il quale

⁵⁴ In [tale pronuncia](#) relativa al c.d. *Mattarellum*, che la Corte reputa simile al [caso Yumak](#), la Commissione ha considerato che «la soglia di sbarramento del 4% richiesta per l'elezione, con sistema proporzionale, del 25% dei restanti deputati» così come «un sistema che fissi uno sbarramento relativamente elevato» rientrano in quell'ampio margine di apprezzamento che in materia è accordato agli Stati.

⁵⁵ ... che si riporta per completezza: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo».

⁵⁶ [Giacomo Francesco Saccomanno e altri contro Italia \(ricorso n. 11583/08\)](#). Sulla [decisione](#), v. L. TRUCCO, *Sacomanno e altri c. Italia*: anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore, in *Quad. cost.*, 4/2012, 901 ss.; F. SGRÒ, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parlam.*, 2013, 35 ss.; R. DICKMANN, *Rappresentanza vs governabilità. Rileggendo la sent. Corte EDU, Saccomanno vs Italia, del 13 marzo 2012 alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 29 gennaio 2014. Sul rapporto fra la [sentenza Saccomanno](#) e l'[ordinanza di rimessione sollevata dalla Cassazione sul Porcellum](#), poi definite con [sentenza n. 1 del 2014](#), cfr. M. STARITA, *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2013, 689 ss.

⁵⁷ In particolare, l'art. 3 del Protocollo n. 1 «sancisce un principio fondamentale in un regime politico veramente democratico e riveste dunque nel sistema della Convenzione una importanza fondamentale (si vedano [Yumak e Sadak c. Turchia](#) ([GC], n. 10226/03, 8 luglio 2008, § 105; [Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio](#), sentenza del 2 marzo 1987, § 47, serie A n. 113). In effetti, la democrazia rappresenta un elemento fondamentale dell'«ordine pubblico europeo», e i diritti sanciti dall'articolo 3 del Protocollo n. 1 sono cruciali per la costituzione e il mantenimento delle basi di una vera e propria democrazia regolata dalla preminenza del diritto» (§ 46).

viene garantita la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». In specie, la garanzia fornita dall'art. 3 «non dà luogo ad alcun obbligo di introdurre un determinato sistema come la proporzionale o il voto maggioritario a uno o due turni» e «non implica che tutte le schede devono avere un peso uguale per quanto riguarda il risultato, né che tutti i candidati debbano avere uguali possibilità di vincere; è quindi evidente che nessun sistema può evitare il fenomeno dei “voti perduti”».

In altri termini, non solo l'art. 3 del Protocollo n.1 non offre un “modello” di sistema elettorale, ma per la Corte l'opzione per la formula proporzionale ovvero per quella maggioritaria non deve ritenersi, in quanto tale, maggiormente rispettosa dei diritti garantiti dalla Convenzione. Tuttavia, se tale premessa sembra fare il paio con quanto la Consulta italiana ha affermato nella [sentenza n. 1/2014](#) sull'inesistenza di un preciso vincolo costituzionale in ordine alla scelta di un dato sistema elettorale – peraltro confermando anche qui la sua pregressa giurisprudenza – l'esito delle due decisioni è quanto mai diversificato, sia in ordine alle liste bloccate che al premio di maggioranza.

Sul primo punto la Corte EDU – alla luce del preteso, ed in effetti non implausibile, scopo del legislatore statale di combattere le infiltrazioni criminali attraverso la scelta delle liste bloccate – ha ritenuto manifestamente infondato il ricorso⁵⁸. La premessa è abbastanza chiara: «poiché i vari sistemi elettorali possono perseguire scopi politici divergenti se non addirittura antagonisti, per quanto riguarda specificamente l'organizzazione delle liste un sistema può favorire una relazione stretta tra gli elettori e i deputati e un altro può adottare liste bloccate di partiti allo scopo, tra l'altro, di agevolare le candidature delle donne, di minoranze o di specialisti (...) in quanto lo scopo da considerare legittimo può variare in funzione dei fattori storici e politici propri del Paese interessato». Peraltro, emerge nella motivazione la particolare considerazione del «ruolo costitutivo» svolto dai partiti, che può giustificare una restrizione alla scelta dei candidati da parte degli elettori. Resta per giunta indimostrato, per la Corte di Strasburgo, che la normativa nazionale per questo «ostacoli o impedisca ad alcune persone o gruppi di prendere parte alla vita politica del Paese o tenda a favorire un partito politico o un candidato offrendo loro un vantaggio elettorale a scapito di altri».

In verità, il controllo della Corte sul punto sembra assai generico nella parte in cui ricorda che su 22 Paesi europei che hanno un sistema elettorale simile a quello italiano, ben 13 utilizzano le liste bloccate, senza tuttavia tener conto dei meccanismi specifici previsti in tali Stati e del complessivo modello in cui le stesse si inseriscono (si pensi all'esempio delle liste bloccate comunque “scalabili” dai candidati che ottengono una certa percentuale di preferenze o alla c.d. proporzionale personalizzata che caratterizza il sistema tedesco). Sotto tale profilo, teorico-generale, sembra dunque mancare un'adeguata valutazione del sistema elettorale in quanto appunto “sistema”, ovvero dell'impossibilità di valutare i singoli istituti senza tener conto delle loro specificità e dei loro reciproci condizionamenti.

Così, ad esempio, manca un riscontro sulla specificità della censura avanzata da alcuni ricorrenti, per cui addirittura la lista bloccata prevista dalla l. n. 270/2005 poteva contenere un numero di candidati addirittura pari al numero di seggi in palio nella circoscrizione. Al contrario, proprio tale critica all'eccessiva lunghezza delle liste è risultata determinante per l'illegittimità pronunciata dalla Corte costituzionale italiana nella [sentenza del 2014](#), in cui l'incostituzionalità non si è appuntata sulle liste bloccate in quanto tali, ma sulla loro particolare conformazione prevista dal c.d. *Porcellum*. In ciò si intravede, dunque, una innegabile “distanza” fra le due Corti, circa il livello più o meno penetrante di analisi degli istituti elettorali: particolarmente generico nel caso della Corte EDU – in quanto ampiamente depotenziato dal riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento e legato

⁵⁸ Non c'è dubbio, infatti, che, al di là dei suoi evidenti difetti, il sistema delle liste bloccate si espone meno – ancorché non del tutto – al rischio di clientelismi verticali e infiltrazioni criminali, che invece cresce a dismisura con la possibilità di esprimere una o due preferenze per i singoli candidati. In quest'ultimo caso, infatti, non solo le organizzazioni criminali possono far valere tutta la loro “microfisica del potere” nel controllo del territorio, ma, specie in circoscrizioni ampie, i costi della campagna elettorale necessari per affrontare una competizione anche *interna* alla stessa lista può essere un formidabile incentivo a trovare validi finanziatori nel sottobosco dell'illegalità.

peraltro ad una sommaria comparazione con i sistemi degli altri Paesi europei – ed invece particolarmente approfondito per quanto riguarda il giudizio della Consulta.

Analoga considerazione può estendersi anche alla risposta della Corte EDU alle diverse censure relative alle norme sui premi di maggioranza, cui si contesta anche la mancata previsione di una soglia minima di consenso per l'assegnazione del "tesoretto". Peraltro, è interessante notare come i ricorrenti contestino le eccezioni governative pure sullo stesso piano della stabilità e governabilità, sottolineando come «il meccanismo dei premi di maggioranza non favorisca minimamente la coesione delle forze politiche, ma le unioni al solo scopo di vincere la competizione elettorale, il che esacerberebbe le tensioni all'interno della maggioranza». Ma la censura più forte riguarda ovviamente il rispetto del principio di rappresentanza, denunciandosi il carattere sproporzionato dei premi (nonché, con una certa ingenuità, il fatto che questi non siano previsti in Costituzione).

Stupisce poi il tenore argomentativo del giudice di Strasburgo nella parte in cui introduce la decisione su questo punto ricordando che «in alcuni sistemi proporzionali il legislatore fissa delle soglie per correggere gli effetti negativi di questo tipo di scrutinio e assicurare una maggiore stabilità all'interno del Parlamento (*Yumak e Sadak* già cit., §§ 61 e 63)» e che «Nel caso di specie ci si trova di fronte a meccanismi simili, ossia i premi di maggioranza, ai quali il legislatore ha fatto ricorso allo stesso scopo di correggere gli effetti negativi del sistema elettorale vigente in Italia, e in particolare garantire una maggiore stabilità di governo» (*ibidem*, §§ 71-72).

Quest'equiparazione denota anche qui una certa leggerezza (che, a questo punto, potrebbe definirsi "insostenibile") in quanto si accostano strumenti che, sia pure entrambi "selettivi" e tendenti ad una sovra-rappresentazione di alcuni partiti a danno di altri, possiedono scopi ed effetti diversi. È evidente, infatti, che il premio di maggioranza è preordinato ad agevolare la stabilità e la governabilità ed avvantaggia i soli partiti che ne fruiscono – con conseguente sotto-rappresentazione dell'opposizione – mentre la *SperrKlausel* risponde al diverso obiettivo di semplificare il quadro partitico delle assemblee rappresentative e può produrre effetti selettivi *anche* tra le fila dell'opposizione (oltre che della maggioranza: di qui, molto spesso, la compresenza di premio e di soglia). Di più: la soglia potrebbe talvolta spiegare effetti *solo* sull'opposizione, come nel caso in cui la legge assicuri comunque l'assegnazione di un premio alla *lista* (non coalizione) vincente che abbia raggiunto una certa soglia di voti o che vinca al ballottaggio (come previsto dall'*Italicum* prima che la [sentenza n. 35 del 2017](#) si abbattesse sul secondo turno). In questa ipotesi, infatti, la maggioranza "prodotta" dagli esiti elettorali è, per definizione, riconducibile ad una lista che supera la soglia, ma quest'ultima può avere invece conseguenze più o meno incisive sull'opposizione.

Il punto è che un tale accostamento induce la Corte EDU a basarsi sui precedenti in tema di soglia di sbarramento per concludere che

«considerata la portata dei premi adottati nel sistema italiano e alla luce dei criteri derivanti dalla giurisprudenza della Corte (si veda, in particolare, *Yumak e Sadak* già citata, §§ 61 e 63, per quanto riguarda la compatibilità con la Convenzione della soglia elettorale del 10% imposta a livello nazionale e integrata da alcune modifiche) tali premi non sembrerebbero di natura tale da pregiudicare l'equilibrio tra i principi della giusta rappresentanza e della stabilità di governo».

In verità, il giudice di Strasburgo "sembra" pure dare peso al fatto che il legislatore italiano non abbia previsto alcuna soglia di consenso minima per l'assegnazione del premio. Ma anche sotto questo aspetto, senz'altro il più interessante, la Corte chiama nuovamente in causa l'ampio *margin*e di apprezzamento accordato agli Stati⁵⁹. Infine, pur facendo applicazione dei due ricordati criteri fondamentali ben sintetizzati nella [sentenza Yumak](#), la Corte ritiene che non vi sia violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 della Convenzione, in quanto la disciplina sui premi di maggioranza «opera al

⁵⁹ «Sicuramente il legislatore italiano non ha previsto alcuna soglia di consenso minima per l'attribuzione dei premi in questione. Tuttavia, i sistemi dei premi di maggioranza come quello del caso di specie devono essere considerati nell'ambito del margine di discrezionalità particolarmente ampio accordato agli Stati contraenti nell'ambito in questione» (§ 75).

fine di favorire le correnti di pensiero sufficientemente rappresentative e la costituzione di maggioranze sufficientemente stabili nelle assemblee» (§ 75).

L'impressione conclusiva è che, al di là dei principi di fondo, alcuni dei quali affermati in maniera più netta in precedenti decisioni e per taluni "dimenticati" nella pronuncia in esame⁶⁰, le censure più rigorose avanzate dai ricorrenti – e più interessanti al fine di individuare, anche alla luce della Convenzione, un certo tipo di equilibrio nel problematico rapporto fra rappresentanza e governabilità – siano stati infine assorbite (meglio: divorate) dalla categoria onnivora del c.d. *margin di apprezzamento*.

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia non mancano pronunzie in materia elettorale, relative, tuttavia, alle elezioni del Parlamento europeo e comunque attinenti, anche qui, alla titolarità del diritto di voto ed ai limiti posti dalle normative nazionali all'elettorato attivo. Da ultimo, nella recente [sentenza Delvigne](#) il giudice di Lussemburgo si è espresso in via pregiudiziale sulla compatibilità con gli artt. 39 e 49 della Carta di Nizza dell'esclusione perpetua dalle liste elettorali (fra le quali anche quelle per il Parlamento europeo), stabilita dalla normativa francese come conseguenza di una pronuncia definitiva di condanna per omicidio⁶¹. Tuttavia, non emergono indicazioni stringenti sul sistema elettorale in senso stretto, ancorché, comunque, la decisione del Consiglio 2002/772/CE, Euratom, del 25 giugno 2002, richieda per l'elezione dei parlamentari europei un sistema proporzionale ed indichi come soglia di sbarramento massima il 5% dei voti validi (artt. 1 e 2 bis).

Nel complesso, l'assenza, nella giurisprudenza delle Corti europee (di Strasburgo e Lussemburgo), di indicazioni particolarmente penetranti sul sistema elettorale in senso stretto ha certamente evitato di introdurre ulteriori e autonomi elementi di tensione fra la Consulta ed il legislatore. Tuttavia, ha pure privato il giudice delle leggi di un importante *assist* a giustificazione della dirompente scelta di annullare per la prima volta una legge relativa all'elezione delle Camere. Insomma, la mancanza di una "sponda" nella giurisprudenza della Corte EDU ha acuito la portata politicamente dirompente dell'inattesa [sentenza costituzionale "pilota" del 2014](#).

L'accelerazione del giudizio incidentale sulle leggi elettorali negli ultimi anni si è invece dimostrato un formidabile campo di prova della collaborazione Corte-giudici, anche, va detto, sotto il profilo della loro capacità di spingersi arditamente in *tandem* al confine del carattere incidentale del giudizio, mettendone a dura prova i requisiti di incardinazione⁶². In tale processo i giudici hanno saputo cogliere i segni dei tempi ed i vistosi mutamenti nell'evoluzione democratica del Paese, fino ad offrire alla Consulta un dono – la possibilità di difendere il principio democratico anche in relazione a leggi di elezione delle Camere – potenzialmente avvelenato, cui ha fatto seguito la pronuncia di sentenze storiche, ma non prive di qualche fragilità, sia sul piano processuale che su quello sostanziale.

5. *L'applicazione elastica delle regole sul processo costituzionale nei giudizi sulle leggi elettorali* – Del controllo di ragionevolezza che la Corte può svolgere sulle leggi elettorali diremo fra poco. Ora, ci si deve innanzitutto soffermare sulle sue discusse scelte processuali, particolarmente delicate

⁶⁰ Cfr. nuovamente R. DICKMANN, *Rappresentanza*, cit., 3.

⁶¹ [Grande Sezione della Corte di Giustizia del 6 ottobre 2015 \(C-650/13\)](#). La Corte ha concluso nel senso che gli articoli della Carta non ostano a che la normativa di uno Stato membro escluda in automatico dai beneficiari del diritto di voto alle elezioni al Parlamento europea le persone cui sia inflitta una condanna penale per un delitto grave divenuta definitiva (§ 58). Tuttavia, nel valutare la compatibilità della normativa francese con l'art. 52 della Carta, la stessa Corte individua diverse condizioni, fra le quali le prescrizioni per cui il limite: deve essere disposto con legge, deve far salvo il contenuto essenziale del diritto in gioco e rispettare il principio di proporzionalità, sia posto nell'interesse generale e risponda all'esigenza di salvaguardare i diritti e le libertà altrui. Sulla [pronunzia](#), v. L. TRUCCO, *Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 1439 ss.

⁶² Per un'analisi in tal senso, v. G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 1000 s., secondo cui «Non stupisce che la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza, proceda spesso "per strappi", cioè con pronunce fortemente innovative rispetto a quelle precedenti, a cui segue, non di rado, un ammorbidente della posizione originaria, se non addirittura qualche passo indietro».

per la natura di giudice della Consulta. Questo profilo, insieme a quello *sostanziale*, va a comporre i due macro-temi sui quali l'intervento della Corte può potenzialmente innescare una ridefinizione della sua posizione nel delicato rapporto col legislatore e variamente conformare la ricordata *contrarietà* fra la funzione legislativa e quella di garanzia costituzionale.

Non ci riferiamo tanto alla rilevanza della questione – che poteva dirsi certamente esistente in relazione alla questione decisa con la [sentenza del 2014](#) – ma al presupposto essenziale dell'incidentalità, ovvero l'esistenza di una differenza di oggetto fra il giudizio *a quo* ed il giudizio incidentale⁶³. In dottrina, infatti, si era più volte rilevato che l'oggetto del giudizio di accertamento – relativo al diritto di voto nelle elezioni nazionali – fosse diverso dall'oggetto del giudizio costituzionale *solo in teoria*.

A dimostrazione di tale assunto può invocarsi non solo il fatto che, dopo la [pronunzia del 2014](#), l'organo remittente ha definito il suo giudizio senza ulteriori valutazioni, ma anche la circostanza per cui in seguito la Corte, con la [sentenza n. 110 del 2015](#), ha chiuso le porte del suo giudizio *ad una analoga questione sollevata all'interno di un giudizio di accertamento*, ma relativa alla legge di elezione della quota di parlamentari europei spettanti all'Italia. A ben vedere, dunque, *rispetto allo stesso tipo di giudizio*, possono esservi «porte che si aprono e che si chiudono»⁶⁴ e la corretta incardinazione del giudizio incidentale può aversi solo a condizione che:

«l'incertezza sulla effettiva portata del diritto di voto, derivante da una normativa elettorale in ipotesi costituzionalmente illegittima, sia destinata, altrimenti, a restare insuperabile, a causa dell'impossibilità che la relativa questione di costituzionalità venga sollevata secondo l'ordinaria via incidentale in un giudizio avente ad oggetto la vicenda elettorale»⁶⁵. Sicché, al fine dell'ammissibilità della questione sollevata in sede di giudizio di accertamento, non appare sufficiente «il mero interesse “all'accertamento della pienezza del voto” con riguardo alle future consultazioni del Parlamento europeo»⁶⁶.

È evidente, tuttavia, che se il ragionamento dovesse essere condotto sul solo piano delle regole processuali, la conclusione della Corte risulterebbe inaccettabile. In particolare, ove si ritenga esistente, seguendo la Consulta, la differenza di *petita* dei due giudizi e soddisfatte le altre condizioni processuali – analogamente a quanto accaduto nella vicenda definita con la [sentenza n. 1 del 2014](#) – non si capisce perché mai un tale giudizio di costituzionalità debba essere “rimandato” a data futura, ovvero se e quando la medesima questione venga successivamente sollevata in una vicenda relativa ai risultati di una specifica tornata elettorale.

Difatti, delle due l'una. Si può ritenere che la questione possa essere sollevata in un giudizio di accertamento, senza che ciò determini necessariamente un difetto di incidentalità. In tal caso, fatti salvi gli altri presupposti processuali, la Corte dovrebbe aprire le porte del suo sindacato, come ha già fatto nel [2014](#), a prescindere dal fatto che il giudizio *a quo* di accertamento verta sulla portata del diritto di voto rispetto a norme in elezioni per le quali l'ordinamento non appresta una tutela processuale. Oppure il giudizio di accertamento, per sua stessa natura e per il fatto che non implica necessariamente la presenza di lesioni attuali di un diritto, è inidoneo *sempre e comunque* a costituire il punto di partenza per un giudizio incidentale.

⁶³ Sulla proposta di una incidentalità «*ai limitati fini...*», ovvero di un allargamento delle maglie dell'incidentalità nei peculiari casi di zone d'ombra o addirittura “franche” dal giudizio costituzionale, cfr. P. CARNEVALE, *La Corte vince ma (non sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2013. Per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici, sia consentito rinviare al nostro *I sistemi elettorali dopo la sentenza n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014, 33 ss.

⁶⁴ Così S. LIETO-G. PASQUINO, *Porte*, cit.

⁶⁵ In senso adesivo, v. pure la [successiva ord. n. 165 del 2016](#), sempre relativa alle elezioni del Parlamento europeo.

⁶⁶ Cfr. §§ 3.2. e 3.3 del *Considerato in diritto*. Proprio la *ratio* di tale preclusione processuale ha indotto la dottrina a rinvenire in tale decisione un vero e proprio *overruling*, in punto di ammissibilità della questione, rispetto al *leading case* del [2014](#): cfr. F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.*, 3/2015, 886 ss.

Nel momento in cui tale schema logico salta – si pensi appunto al differente esito della [sentenza 110/2015](#) rispetto alla [pronuncia n. 1 del 2014](#) – viene meno l’oggettività delle norme processuali e risulta sotto tensione uno degli elementi tipici della funzione giurisdizionale. Sotto questo aspetto, si nota un moto centripeta di allontanamento dalla tradizionale posizione del giudice, per quanto non ci si avvicini nel complesso ai caratteri della funzione legislativa, permanendo ulteriori fattori tipici dell’attività giurisdizionale, come il contraddittorio e l’attivazione della Corte su istanza. Peraltro, la ricordata [decisione del 2015](#) era stata oggetto di letture contrastanti in dottrina, sembrando a taluno che tale sentenza avesse definitivamente chiuso le porte del giudizio incidentale alle questioni sollevate su leggi elettorali in un giudizio di accertamento⁶⁷.

In realtà, come si dirà più avanti, la recentissima [sentenza n. 35 del 2017](#) dimostra piuttosto una certa continuità nella giurisprudenza in materia e conferma la presenza di un doppio binario rispetto alle questioni sollevate in un giudizio di accertamento, a seconda che siano previsti o no ordinari rimedi giurisdizionali.

Di certo, è oramai assodata la scelta della Corte di sindacare anche il sistema elettorale in senso stretto in sede di giudizio incidentale, anche su leggi elettorali regionali, come dimostra la [sentenza n. 193 del 2015](#), relativa ad una questione incardinata a seguito di ricorso successivo ad una tornata elettorale regionale, nella quale il giudice delle leggi ha svolto un controllo particolarmente penetrante sui risultati elettorali, come si dirà meglio più avanti.

Rimane comunque un’evidente oscillazione nell’applicazione delle norme processuali. Le occasionali deroghe della Corte sembrano quasi altrettanti tasselli di bilanciamenti taciti nei quali il “giudice” si scontra con la *rigidità* delle norme processuali rispetto alle esigenze sostanziali del giudizio. Segnatamente, in presenza di eccezionali *zone d’ombra* della giustizia costituzionale, la pedissequa applicazione delle norme di procedura condurrebbe la Corte a risultati ugualmente o maggiormente aberranti, in contrasto con la generale funzione di garanzia della Costituzione riconosciuta alla Consulta⁶⁸. Ed è qui il paradosso: nella rigidità di una norma che è la garanzia della giurisdizionalità e, allo stesso tempo, il suo principale intralcio.

Una peculiare applicazione di tale schema si rinviene, in verità, anche al di fuori del controllo sulle leggi elettorali, come dimostra la ricordata [sentenza n. 119 del 2015](#), in cui il giudice delle leggi ha ritenuto ammissibile la questione nonostante fosse stata sollevata dalla Cassazione, dopo la pronuncia di inammissibilità del ricorso, in sede di pronuncia d’ufficio di un principio di diritto nell’interesse della legge. Qui la zona d’ombra, in verità, si presenta sotto altre vesti. La vicenda, come già anticipato, riguardava infatti l’impossibilità per gli stranieri di accedere al servizio civile nazionale, riservato ai cittadini italiani.

Si trattava dunque di un ambito rispetto al quale non si presentavano gli stessi problemi di “giustiziabilità” notoriamente riscontrabili in ordine ai canali di accesso utilizzabili per ottenere una decisione di illegittimità sulle leggi di elezione delle Camere e sui quali si ritornerà nel prosieguo del lavoro. Piuttosto, nei primi due gradi di giudizio, gli organi giudicanti avevano rigettato, per manifesta infondatezza, l’istanza sollevata dalla parte. Non esisteva, dunque, una *formale* zona d’ombra. Tuttavia, la circostanza per cui solo la Cassazione avesse manifestato il suo dubbio di legittimità alla Corte sollevando la questione, insieme al breve periodo di durata (annuale) del servizio civile, hanno

⁶⁷ Cfr. in particolare, S. LIETO-G. PASQUINO, *Porte che si aprono e si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#). Sulla sentenza, oltre ai lavori già citati, v. pure R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 110/2015*, in *Foro it.*, 2015, I, 2618, secondo cui nella decisione appare «meno valorizzato (...) un elemento che differenziava i due casi: in quello risolto con la [sent. 1/14](#), infatti, si faceva valere la lesione del diritto al voto con riguardo a competizioni elettorali già svolte, mentre nel caso in esame la domanda di accertamento della lesione del diritto fondamentale di voto era stata formulata «con riferimento alle future consultazioni per le elezioni del parlamento europeo».

⁶⁸ In tema, cfr. per tutti AA.VV., *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007.

sostanzialmente indotto la Consulta a ritenere che anche in altri casi sarebbe risultato sostanzialmente impossibile ottenere in tempo un'adeguata garanzia costituzionale dei propri diritti⁶⁹.

Ma, come si è già ricordato, è evidente che il principio stabilito dalla Cassazione in seguito alla pronuncia della Consulta, non solo non avrebbe potuto sortire alcun effetto sulle parti del giudizio (oramai estinto) – secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 363 c.p.c. – ma, realisticamente, nella sua portata decisionale non avrebbe aggiunto alcunché alla pronuncia costituzionale. In particolare, per quanto i due oggetti di giudizio fossero sottilmente distinguibili⁷⁰, dopo la sentenza della Corte nessuna ulteriore valutazione della Cassazione risultava invero necessaria per la pronuncia del principio di diritto. È evidente, dunque, che l'allentamento delle maglie processuali non riguarda unicamente il controllo sulle leggi elettorali, purché però si rientri, anche potenzialmente, in una zona franca della giustizia costituzionale.

Nel complesso occorre valutare se, pur diretto a preservare l'integrità costituzionale e in particolare la difesa dei diritti fondamentali, il giudizio di ragionevolezza a tal fine condotto non allontani complessivamente l'operato della Corte dalle coordinate proprie dell'essere essa...un *giudice*, sia pure "speciale". La questione, si sa, non è nuova, ma si pone ora rispetto ad un nuovo indirizzo giurisprudenziale che, si è visto, sembra consolidarsi nel tempo.

6. "A volte ritornano...". *L'incidentalità della q.l.c. nella [sent. n. 35/2017](#)* – Non era scontata la scelta che la Corte avrebbe adottato in punto di ammissibilità della questione dopo la storica [sentenza n. 1 del 2014](#), relativa alla "legge Calderoli" (n. 270/2005)⁷¹. Il dubbio derivava non solo dalle diffuse critiche cui tale pronuncia era andata incontro relativamente ad un uso, per così dire, "disinvolto" delle norme processuali, ma anche per l'oscillazione nelle successive sentenze – nelle quali la Corte aveva offerto soluzioni assai diverse – che tuttavia riguardavano elezioni di altri organi e/o differenti tipologie di vicende processuali. Nel complesso, le prime pronunzie rese dopo la [sentenza del 2014](#) non erano ancora giudicate sufficienti a cogliere eventuali tentativi di *overruling*, ma neppure da esse emergeva una netta linea di continuità con la [sent. n. 1/2014](#).

⁶⁹ In tema, cfr. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, nonché, volendo, nella [stessa Rivista](#), A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri*, 4/2015.

⁷⁰ Per F. DAL CANTO, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare "ex officio" il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 3450, si tratterebbe di due oggetti ben distinti. Sui delicati profili processuali della vicenda, cfr. R. ROMBOLI, [La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2015/II, 352 ss.

⁷¹ Per l'idea che le questioni sollevate sulla legge avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili, se non altro per il rischio di compromettere irreversibilmente la natura del giudizio incidentale, v. fra i molti, R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in [LaCostituzione.info](#), 11 dicembre 2016, ma v. anche, nello [stesso blog](#), A. MORELLI, *Legge elettorale: perché il Parlamento dovrebbe decidere prima della Corte*, 9 dicembre 2016, secondo cui il rischio sarebbe stato « quello di alimentare una nuova mitizzazione della pronuncia della Corte sull'Italicum. Se le questioni di costituzionalità sollevate saranno accolte, non dovrà leggersi la decisione come una definitiva bocciatura del maggioritario (a favore del proporzionale), così come il rigetto delle medesime questioni non comporterà alcuna "costituzionalizzazione" della formula maggioritaria (o la necessità di estendere l'Italicum anche al Senato). Che tali fraintendimenti si abbiano, tuttavia, è molto probabile». Per diverse critiche alla scelta della Corte di giudicare nel merito le questioni sollevate sulla legge n. 53/2017, cfr., fra gli altri, F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 febbraio 2017). In senso contrario all'ammissibilità della questione, cfr. fra i molti M. COSULICH, *Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 4.3.2016, cui *adde* le sintetiche notazioni di S. PIZZORNO, *L'Italicum alla prova della Corte costituzionale tra questioni di ammissibilità e di merito*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (4 gennaio 2017), e la bibliografia adesiva [ivi](#) richiamata; S. GIANNELLO, *L'Italicum "a processo": la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, in [Rivista AIC](#), 1/2016. In tema, cfr. pure M. BIGNAMI, *La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 29.2.2016.

Già nella ricordata [ordinanza n. 165 del 2016](#), di manifesta inammissibilità, sembrava tuttavia consolidarsi una precisa posizione della Corte, laddove si afferma che le possibilità di tutela di fronte al giudice comune – nella fase preparatoria e dopo la proclamazione degli eletti – garantita dall’ordinamento in relazione alle elezioni del Parlamento europeo, giustifica l’inammissibilità delle questioni sollevata in sede di giudizio di accertamento del diritto di voto. Un tale diritto, invece:

«non può trovare tutela giurisdizionale, in virtù di quanto disposto dall’art. 66 Cost. e dall’art. 87 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), quali interpretati dai giudici comuni e dalle Camere in sede di verifica delle elezioni ([sentenza n. 259 del 2009](#) e [ordinanza n. 512 del 2000](#)), anche alla luce della mancata attuazione della delega contenuta nell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), nella parte in cui autorizzava il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio, oltre che per le elezioni amministrative ed europee, anche per quelle per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica».

Tale importante punto del *Considerato in diritto* fissa una chiara distinzione a seconda del tipo di elezione in gioco – utilizzando il giudizio di accertamento quale «rimedio surrogatorio»⁷² all’eventuale assenza di ordinari rimedi giurisdizionali – e rende evidente l’uso *teleologico* delle norme sul processo costituzionale. L’apertura rispetto alle questioni riguardanti le elezioni nazionali si spiega *unicamente* in ragione del fatto che rimarrebbe altrimenti insoddisfatta la garanzia del diritto di voto. Di conseguenza, il giudizio di accertamento non può essere indiscriminato, perché altrimenti – e la Corte ne è consapevole – ciò costituirebbe un completo abbandono della logica incidentale del giudizio e si creerebbe dal nulla una sorta di ricorso *quasi-diretto* attivabile dai singoli per la tutela di qualsiasi diritto fondamentale⁷³.

Tuttavia, sotto l’angolatura delle norme processuali, è evidente – lo ribadiamo – l’incongruenza dello schema per cui *in un certo tipo di giudizio si può sollevare utilmente la questione di legittimità costituzionale solo se lo stesso riguardi un certo tipo di vicenda processuale (l’accertamento del diritto di voto in relazione alle elezioni delle Camere)*. Il rilievo non sfugge certo al giudice delle leggi, che, elencando le cause della perdurante assenza di rimedi giurisdizionali ordinari per le elezioni parlamentari, fa anche riferimento alla mancata attuazione della delega nella parte in cui consentiva il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *anche* in questo caso (oltre alle elezioni amministrative ed europee, per le quali la delega è stata invece attuata). Si tratta, come si vedrà meglio fra poco, di un monito al legislatore ripreso in modo ancor più pressante nella successiva [sentenza n. 35 del 2017](#), relativa, appunto, ad una questione sollevata in sede di giudizio di accertamento relativo alla “pienezza” del diritto di voto nell’ambito delle elezioni parlamentari⁷⁴.

⁷² Il termine è utilizzato da A. MANGIA, *L’azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, in [LaCostituzione.info](#), 15 febbraio 2017, secondo cui «Non c’è dubbio che, limitatamente a questa vicenda, l’azione di accertamento abbia funzionato come un rimedio surrogatorio rispetto alle ordinarie modalità di instaurazione del giudizio costituzionale: qualcosa di simile, insomma, all’accesso diretto».

⁷³ Così, in relazione all’[ordinanza della Cassazione sulla legge n. 270 del 2005](#), cfr. R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, I, 1836 ss.

⁷⁴ Sulla [sentenza n. 35 del 2017](#), cfr. L. TRUCCO, *“Sentenza Italicum”: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in questa *Rivista, Studi*, 2017/I, 149 ss.; R. BIN, *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in [La Costituzione.info](#), 10 febbraio 2017; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un’autentica quadratura del cerchio riuscita però solo a meta, nella pronuncia sull’Italicum*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 25 febbraio 2017.; M. LUCIANI, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in [Rivista AIC](#), 1/2017. La complessità della sentenza è stata più di una volta letta nel senso di una marcata sconfitta dei proporzionalisti: cfr. S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i*

Rispetto alle questioni sollevate da ben cinque Tribunali ordinari sulla legge n. 52 del 2015, si è posta innanzitutto per la Corte la necessità di procedere ad un singolare *test* di verifica richiesto dall'eccezione di inammissibilità per irrilevanza avanzata dall'Avvocatura dello Stato. Il problema si poneva innanzitutto per la questione sollevata dal [Tribunale di Messina](#) prima della data di applicabilità dell'*Italicum* (1° Luglio 2016), rispetto alla quale anche da parte della dottrina si era indicata, come conseguenza lineare, la pronuncia di inammissibilità, attesa l'evidente mancanza di rilevanza (nonché di interesse ad agire) e l'orientamento della Corte che ne valuta l'esistenza al momento in cui la questione è sollevata.

Tuttavia, erano più che legittimi dubbi in merito, sia perché tale indirizzo giurisprudenziale era stato da tempo e più volte oggetto di deroga – si pensi alla restituzione degli atti per *ius superveniens* ed alla c.d. *irrilevanza di fatto e sopravvenuta* – sia perché la stessa pronuncia di inammissibilità avrebbe contraddetto frontalmente la [sent. n. 1 del 2014](#) in punto di valutazione delle condizioni processuali, facendo di quella pronuncia una rondine che non fa primavera, senza dare risposta ad una domanda di giustizia costituzionale.

Segnatamente, considerati i tempi del giudizio incidentale e le attuali fibrillazioni del sistema politico, una chiusura *in limine litis* avrebbe potuto anche precludere la possibilità stessa di una pronuncia costituzionale resa *prima* delle prossime elezioni, riproponendosi a distanza di poco tempo quelle stesse difficoltà – assai rischiose per la legittimazione della Consulta – che erano state faticosamente affrontate nella [pronuncia resa sul Porcellum](#) a votazioni già avvenute.

Il giudice delle leggi si sforza, peraltro, di riagganciare la decisione alla [pronuncia n. 1 del 2014](#), ritenendo che già sussistesse, al momento in cui è stata sollevata la questione, una situazione di incertezza oggettiva sulla portata del diritto di voto, derivante dalla modificazione dell'ordinamento giuridico in seguito all'entrata in vigore dell'*Italicum*, alla quale però si accompagna, anche qui, l'attuale esistenza di una zona d'ombra nella giustizia costituzionale. La stessa clausola di differimento degli effetti non è paragonabile ad una condizione sospensiva, poiché, spostando solo in avanti il *dies ad quem* dell'applicazione, non lo rende affatto aleatorio. In tal senso, per il giudice delle leggi, la rimozione della situazione di incertezza già esistente:

«rappresenta un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non attraverso l'intervento del giudice. Ne deriva la sussistenza, nei giudizi *a quibus*, di un interesse ad agire in mero accertamento»⁷⁵.

In verità, appare ancora una volta singolare la scelta di riferirsi all'esistenza di un "interesse ad agire" della parte del giudizio *a quo* al fine di valutare la sussistenza della *rilevanza* e dell'incidentalità della questione, secondo uno schema proposto già nell'[ordinanza](#) in cui la Corte di Cassazione aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale sulla legge 270 del 2005, poi definita con la [sentenza n. 1 del 2014](#)⁷⁶.

Comunque sia, una volta sciolto il nodo più stretto, il medesimo esito argomentativo viene esteso in punto di ammissibilità alle altre questioni, sollevate invece dopo il 1° Luglio 2016, nonostante non mancassero anche qui dubbi o addirittura riserve di tipo processuale fra gli studiosi. Ci riferiamo alla

proporzionalisti, in [Federalismi.it](#), 4/2017, nonché A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 13 febbraio 2017. In tema v. pure R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario "eventuale" ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in [Federalismi.it](#), 4/2017; V. BALDINI, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale: quel che la sentenza n. 35/2017 dice e quel che (forse...) lascia intendere*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2017; C. ROSSANO, *Note sul premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in [Rivista AIC](#), 1/2017.

⁷⁵ § 3.3. del *Considerato in diritto*.

⁷⁶ ... così riducendo l'incidentalità all'interesse ad agire: cfr. E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte costituzionale di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2013, 3.

tesi secondo cui pure tali questioni avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili, in quanto l'ultima udienza dinanzi ai giudici nel contraddittorio fra le parti si è svolta comunque in data precedente al primo Luglio 2016, momento in cui «i fatti si cristallizzano» e nel quale dunque, come si è sostenuto, il giudice deve valutare se sussista la rilevanza, senza che tale apprezzamento possa farsi in un momento successivo⁷⁷.

Senonché, se pure in passato la Corte ha ritenuto inammissibile la proposizione d'ufficio di una questione in una fase *antecedente* il contraddittorio, ciò non preclude che il giudice possa farlo, comunque, in un momento successivo al dibattimento. Sembra peraltro suggerirlo la stessa norma dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, secondo cui l'ordinanza di rimessione deve essere «notificata, *quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento*, alle parti in causa ed al pubblico ministero quando il suo intervento sia obbligatorio». Più in generale, poi, ai fini del controllo sulla rilevanza, la Consulta ha costantemente individuato, quale momento “genetico” di incardinazione del giudizio incidentale, la data in cui l'ordinanza è stata adottata, non già la chiusura della fase dibattimentale. Segnatamente, fin tanto che la questione riguarda una norma di dubbia costituzionalità da applicare al caso, il giudice può sempre rimettere gli atti alla Corte, anche poco prima della decisione finale⁷⁸, fatta salva, chiaramente, l'eventuale inammissibilità per “questione tardiva”⁷⁹. Del resto, le parti del giudizio principale avranno sempre la possibilità di costituirsi nel giudizio incidentale e partecipare al contraddittorio (salvo le eventuali ipotesi di decisione direttamente in camera di consiglio).

Se l'aspetto della tempistica costituiva forse la principale novità rispetto alla [sentenza del 2014](#) – e probabilmente l'aspetto più aleatorio – in ordine all'incidentalità la Consulta riproduce in maniera assai fedele il percorso della [pronunzia sul c.d. Porcellum](#), ritenendo innanzitutto di poter individuare una differenza fra l'oggetto del giudizio *a quo* – «l'accertamento della “pienezza di voto”» – e l'oggetto del sindacato della Corte («la legge elettorale politica, la cui conformità è posta in dubbio»). In questo caso si ritiene poi che l'ordinanza di rimessione contenga una motivazione sufficiente e non implausibile in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio principale.

Piuttosto, è rispetto al nucleo centrale della motivazione in punto di ammissibilità che la [sentenza n. 35 del 2017](#) offre nuovi spunti di particolare interesse. Se in prima battuta la Corte riprende in maniera pedissequa il *considerato* dell'[ord. n. 165 del 2016](#) – sottolineando anche qui che la *zona d'ombra* nasce dall'interpretazione dell'art. 66 Cost. da parte delle Camere e dei giudici e della mancata attuazione della legge delega n. 69 del 2009 in ordine alle elezioni delle Camere – non manca di aggiungere infine un inciso significativo:

«permanendo l'esigenza di evitare con riferimento alla legge elettorale politica, una zona franca rispetto al controllo di costituzionalità attivabile in via incidentale, deve restar fermo quanto deciso con la [sentenza n. 1 del 2014](#)»⁸⁰.

Si intravede qui un monito ancora più intenso rivolto al legislatore e la natura del tutto *eccezionale* delle sentenze costituzionali di merito su questioni relative alle formule elettorali sollevate in sede di giudizio di accertamento, compreso il *leading case* del [2014](#). Sembra quasi che la Corte abbia introdotto nel controllo sulla presenza delle condizioni processuali una sorta di *ammissibilità provvisoria o condizionale*, destinata ad essere confermata anche per le questioni future fin tanto che perdurerà il vuoto di tutela del diritto di voto nell'ambito delle elezioni parlamentari. In tale periodo,

⁷⁷ Ci riferiamo ancora a S. PIZZORNO, *op. cit.*, 2.

⁷⁸ La soluzione qui patrocinata era stata già proposta in dottrina da G. D'AMICO, «Adelante, Pedro, ... si puedes». *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2016, spec. 359.

⁷⁹ Sulla tempistica dei giudici *a quibus* e sulle conseguenze in punto di ammissibilità delle questioni (premature o tardive) sollevate, cfr. S. AGOSTA, *Questioni di legittimità costituzionale premature e questioni tardive tra vocazione all'“accentramento” e istanze di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale: profili problematici*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino 2002, 561 ss.

⁸⁰ Cfr. [§ 3.1](#) del *Considerato in diritto*.

è come se operasse un'ulteriore condizione processuale per la valida incardinazione del giudizio incidentale: l'impossibilità di ottenere altrimenti la garanzia dei propri diritti fondamentali. E se è evidente che il giudizio su questioni sollevate in sede di giudizio di accertamento assomiglia ad un sindacato *para-preventivo*, ciò vale a maggior ragione per la [sent. n. 35](#), avente come oggetto una legge elettorale in assoluto non ancora applicata. Qui, davvero, si giudica «in vitro»⁸¹.

Da una differente prospettiva, potrebbe pure affermarsi che la valutazione del contesto politico-costituzionale operi nel giudizio costituzionale in modo affatto diverso da quanto si è visto in relazione alla giurisprudenza della Corte ed in materia di sistema elettorale in senso stretto. Se in quest'ultimo caso un siffatto accertamento va ad alimentare l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati – con una speculare riduzione della giustiziabilità delle loro scelte rispetto al parametro dell'art. 3, Protocollo n. 1 della Cedu – per la Consulta si traduce nella considerazione dei problemi derivanti da un lungo vuoto di tutela dei diritti fondamentali in ambito elettorale dovuto ad una molteplicità di fattori, non ultimo la scelta del legislatore delegato di non introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alla fase preparatoria delle elezioni parlamentari⁸².

Accanto a tale monito, emerge pure l'auspicio della Corte di vedere al più presto superata la lunga fase caratterizzata dall'assenza di ordinari rimedi giurisdizionali, in modo da potersi disfarsi agevolmente e in fretta di quest'anomalo e scomodo canale di attivazione del giudizio incidentale. Probabilmente, il carattere della transitorietà potrebbe far ritenere meno traumatica l'incongruenza che emerge dallo schema adottato dalla Corte, se non fosse per il fatto che qui la transitorietà risulta in ultimo rimessa alla scelta dello stesso legislatore. Di certo, però, il giudice delle leggi sembra particolarmente consapevole dei limiti del suo ruolo, al punto da confinare, sia pure con inevitabili incoerenze processuali, la portata dirompente della [sentenza n. 1 del 2014](#).

Al fondo di tutto il ragionamento c'è dunque un bilanciamento complessivo nel quale si cerca di tenere insieme due aspetti fondamentali dell'essere un giudice ("speciale"): il compito insostituibile di evitare che l'attuale assenza di un ordinario rimedio giurisdizionale possa tradursi in una irrimediabile violazione del diritto di voto e, allo stesso tempo, la necessità che il giudizio incidentale rimanga quanto più possibile entro i confini posti dalle norme processuali. L'arduo tentativo ha come esito l'introduzione di un contrappeso dinamico alle scelte degli organi di indirizzo politico, ovvero di un uso degli strumenti processuali aperto all'evoluzione del sistema delle garanzie relative al procedimento elettorale.

In definitiva, può ritenersi che la trasformazione di alcuni elementi che fanno della Corte un giudice sia infine opportunamente mantenuta in una cornice complessivamente coerente al rapporto di *diversità* fra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, sia per la logica di transizione che caratterizza l'evoluzione delle sentenze sul sistema elettorale (in senso stretto) delle Camere, sia per la precisa scelta della Corte di evitare un'estensione incontrollabile di tale indirizzo anche a giudizi relativi ad altre tipologie di elezione o ad altri diritti fondamentali, al precipuo scopo di rimanere nell'alveo delle norme processuali e sia pure al prezzo di non poche incongruenze.

7. *I tre assunti della [sent. n. 1 del 2014](#) e la ragionevolezza dell'Italicum: il self restraint della Corte sulla soglia di assegnazione del premio e sulla SperrKlausel* – Con la [sentenza n. 1 del 2014](#) il premio di maggioranza previsto alla Camera era stato annullato per non essere agganciato al raggiungimento di una soglia minima di voti. Tuttavia, tale decisione – sulla quale non ritorneremo

⁸¹ Cfr. nuovamente A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 5,

⁸² Significativo, al riguardo, l'appunto di A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 4: «La Corte è consapevole di portare sulle spalle una croce pesante e di doverla portare fino in cima perché è a ciò chiamata dal dovere di fedeltà alla Repubblica: sa, cioè, di dover entrare a tutti i costi nel merito e, fin dove possibile, correggere il dettato legislativo. A tutti i costi, anche dunque a quello di dover mettere sotto stress o, diciamo pure, sacrificare le regole processuali. Non solo dopo la pronuncia odierna (e già quella del [2014](#)), ma soprattutto alla luce di questa, dovremmo forse ripensare da cima a fondo concetti elementari della giustizia costituzionale, quali quelli di rilevanza e d'incidentalità, chiedendoci cosa ne rimanga, perlomeno in talune circostanze, quale quella che ha portato alla discussa e discutibile [sent. n. 10 del 2015](#), e in relazione a talune specie di leggi, quali appunto quelle elettorali».

in tale sede⁸³, al fine di soffermarci invece sulla più recente [pronuncia n. 35 del 2017](#) – pareva confermare almeno tre assunti.

Veniva innanzitutto smentito l'assunto per cui l'inesistenza di un vincolo costituzionale alla scelta di un sistema elettorale proporzionale significhi assoluta libertà del legislatore in materia. In questo senso, è evidente l'*overruling* rispetto all'indirizzo inaugurato con la [sentenza n. 43 del 1961](#).

In secondo luogo, emergeva con chiarezza la diversità di limiti che incontra il giudizio della Consulta rispetto al sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, il differente atteggiarsi, rispettivamente, della *political question* interna – che non impedisce al giudice delle leggi di sindacare, sia pure con prudenza, la manifesta irragionevolezza delle leggi elettorali – e dell'ampio margine di apprezzamento statale riconosciuto dal giudice di Strasburgo in ordine alle formule di trasformazione dei voti in seggi⁸⁴.

Infine, risultava abbastanza chiaro che la necessità di una soglia minima di voti per l'ottenimento del premio costituisse, sì, un elemento riconducibile più agevolmente sottoponibile ad un controllo di manifesta irragionevolezza, ma sottendesse un principio, il *limite alla distorsione irragionevole*, che inevitabilmente preludeva la possibilità – ma anche l'estrema difficoltà – di un sindacato sull'eventuale macroscopica ragionevolezza della soglia eventualmente prevista. Non sorprende dunque il successivo epilogo costituito dalla [sent. n. 35 del 2017](#) e l'idea dei giudici *a quibus* per cui la Corte non avrebbe comunque scelto di liquidare *in limine litis* la relativa questione per rispetto della discrezionalità del legislatore, procedendo invece ad un accertamento nel merito.

L'effetto *boomerang* della [sentenza del 2014](#) non tarda ad emergere dopo l'approvazione della legge n. 52 del 2015 (*Italicum*), che mira ambiziosamente ad innescare una dinamica bipartitica stabilendo, solo per la Camera, l'assegnazione di un premio di maggioranza analogo a quello previsto dalla normativa precedente. Di diverso c'è che il premio è assegnato ad una lista e non ad una coalizione e che esso può essere conquistato raggiungendo al primo turno il 40% dei voti validi o vincendo al ballottaggio fra le due liste meglio piazzatesi al primo turno. A ciò si aggiunge lo "svuotamento" delle liste bloccate, sostituite dal singolo capolista e dal voto di preferenza per tutti gli altri candidati, insieme alla possibilità, solo per il primo, di multi-candidature in un massimo di dieci collegi. Completa il tutto la soglia di sbarramento del 3%.

Considerata la molteplicità di censure mosse alla legge dai cinque tribunali che hanno sollevato questione alla Corte – e soprattutto l'enciclopedica sentenza adottata dai giudici costituzionali – mi limiterò ad analizzare solo quei profili o quelle parti della motivazione che ritengo più interessanti per il taglio di questo lavoro, anticipando sin d'ora che le argomentazioni della pronuncia – talvolta molto sottili, ma in altri casi assai fragili – riflettono senza dubbio il difficile compito di tenere insieme una probabile divergenza interna al collegio decisionale. In questo, come in altri casi, si coglie l'effetto negativo sulla linearità delle motivazioni derivante dall'assenza del *dissent*, che pure tuttavia, proprio in ipotesi così politicamente delicate, avrebbe il difetto di mettere pericolosamente a rischio l'immagine unitaria della Corte.

Il primo difetto della nuova legge elettorale sarebbe, per i rimettenti, la compresenza della soglia e del premio, da cui deriverebbe l'illegittimità di quest'ultimo per l'eccessiva compressione della rappresentanza. La Corte non ritiene fondata la questione, anche in ragione del fatto che il premio ha lo scopo di assicurare l'esistenza di una maggioranza, mentre una ragionevole soglia di sbarramento può contribuire allo scopo di non ostacolarne la formazione e agevola un'opposizione non eccessivamente frammentata, così attenuando i disequilibri indotti.

Il punto è della massima importanza. Se consideriamo *l'Italicum*, per un partito che abbia già ottenuto al primo turno il 40% dei voti, la soglia di sbarramento può anche diminuire l'entità del

⁸³ ... e sulla quale si rinvia al nostro *I sistemi elettorali dopo la sentenza n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014.

⁸⁴ Ma in senso contrario, cfr. E. GROSSO, *Riformare*, cit., 15, secondo cui, considerato l'esito della ricordata [sentenza Saccomanno](#), «gli ostacoli che sembrano frapporsi ad una decisione di accoglimento da parte di quest'ultima (la Corte costituzionale) sono gli stessi che impediscono alla Corte europea dei diritti dell'uomo dei diritti umani di affrontare nel merito la valutazione dell'entità del premio di maggioranza».

premio necessario a raggiungere i 340 seggi alla Camera, perché già di per sé sovra-rappresenta i partiti più grandi e semplifica il quadro politico. In questo senso, per la Corte la soglia frena i fattori che non agevolano la formazione di una maggioranza. Né la soglia può aiutare la lista vincente a raggiungere il 40% dei voti validi, che sono comunque computati anche tenendo conto di quelli espressi a favore di liste sotto-soglia e, dunque, non ammesse al riparto dei seggi⁸⁵. Essendo poi assegnato il premio alla singola lista, la presenza di una soglia non aumenta ulteriormente in alcun modo l'effetto distorsivo a vantaggio del partito di maggioranza e a discapito dell'opposizione. Semmai, l'effetto congiunto dei due sistemi toglie ulteriore spazio alla rappresentanza delle minoranze *all'interno* dell'opposizione – e, dunque, delle minoranze *tout court*, visto che la maggioranza è costituita da una sola lista – tollerabile dalla Corte in quanto la soglia è ritenuta ragionevole.

Anche sulla soglia minima prevista per l'assegnazione del premio al primo turno, la Corte riesce a mantenere un profilo di *self restraint* degno di nota, non fissando alcun *range* di ragionevolezza e quasi appiattendolo al proprio giudizio alle indicazioni della [sentenza n. 1 del 2014](#). In particolare, una volta fissata dal legislatore una soglia minima di voti per ottenere il premio, alla luce della discrezionalità legislativa in materia, essa viene giudicata non *manifestamente irragionevole*, «poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro». Se il riferimento alla [sentenza del 2014](#) è lampante, la Consulta aggiunge pure che, a ritenere il contrario, si dovrebbe argomentare la non compatibilità con i principi costituzionali di una determinata soglia numerica, fino a ritenere legittima la sola attribuzione, non già di un premio di maggioranza, ma di un premio di governabilità, condizionato al raggiungimento di una soglia pari almeno al 50% dei voti o dei seggi. In tal senso, la Corte si arresta sul “passo doppio” del suo *leading case*, stabilendo che:

«Al cospetto della discrezionalità spettante in materia al legislatore, sfugge dunque, in linea di principio, al sindacato di legittimità costituzionale una valutazione sull'entità della soglia minima in concreto prescelta dal legislatore (attualmente pari al 40 per cento dei voti validi, e del resto progressivamente innalzata nel corso dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge n. 152 del 2015). Ma resta salvo il controllo di proporzionalità riferito alle ipotesi in cui la previsione di una soglia irragionevolmente bassa di voti per l'attribuzione di un premio di maggioranza determini una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato, rispetto al legittimo obiettivo di garantire la stabilità del governo del Paese e di favorire il processo decisionale»⁸⁶.

Se dunque la soglia minima rimane pur sempre sindacabile, ma solo laddove sia talmente bassa da risultare manifestamente irragionevole⁸⁷, sembra invece sfuggire per definizione al giudizio della Corte l'assenza, nella legge, di un aggancio al numero degli aventi diritto. È in particolare il [Tribunale di Genova](#) a sottolineare che la distorsione deriverebbe anche dal fatto che la soglia del 40% al primo

⁸⁵ Cfr. l'art. 24 della legge n. 52 del 2015, che modifica l'art. 77, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957 (e, in particolare, il combinato disposto del n. 2 e del n. 5).

⁸⁶ Cfr. [§ 6](#) del *Considerato in diritto*.

⁸⁷ Sembra perciò marcatamente forzata l'interpretazione di V. BALDINI, *Un commento “a caldo” sulla comunicazione della Consulta che annuncia l'incostituzionalità parziale della legge elettorale n. 52/2015*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2017, secondo cui «Una certa sorpresa invece desta il fatto che abbia passato indenne il vaglio di costituzionalità la previsione dell'assegnazione del premio al primo turno, a favore della lista che abbia acquisito almeno il 40% dei voti sul territorio nazionale. Le argomentazioni in senso contrario infatti non sono liminari, se si tiene conto che tale criterio di calcolo non scongiura in sé il rischio di una sovra-rappresentazione parlamentare del partito di maggioranza paventato in passato dalla Corte (ricordiamo che l'Italicum ha escluso, peraltro, la possibilità di coalizioni ed appontamenti vari). Potrebbe essere che al giudice decidente non sia sfuggito come in un contesto rappresentativo ormai divenuto tripolare, quale quello oggi esistente, il raggiungimento di una tale soglia si mostri comunque difficilmente realizzabile, con l'esito di ricondurre la disciplina elettorale entro le dinamiche fisiologiche del sistema proporzionale (poco) corretto».

turno sarebbe rapportata ai voti validi e non agli aventi diritto. Ma per la Corte, se pure in periodi di forte astensione il premio potrebbe essere assegnato a chi dispone di un'esigua rappresentatività reale, la scelta di condizionare il premio in relazione agli aventi diritto è oggetto di una delicata scelta politica e non costituisce certo una soluzione costituzionalmente obbligata, ricordando peraltro che neppure nella [sent. 1/2014](#) si ritrova alcun riferimento agli aventi diritto al voto.

Ora, è evidente che qui si tocca il punto più alto di *self restraint* proprio in relazione ad un aspetto delicatissimo⁸⁸. Se pure infatti può affermarsi che il riferimento agli aventi diritto non costituisca una soluzione costituzionalmente obbligata per tutti i tipi di sistemi elettorali – e di certo non potrebbe esserlo al fine di bloccare eventualmente il rinnovo delle Camere – il controllo sulla manifesta irragionevolezza della legge elettorale presuppone comunque ed implica bilanciamenti (e dunque misure di riequilibrio) diversi a seconda delle peculiarità del sistema scelto dal legislatore. Lo stesso premio di maggioranza, del resto, può essere giuridicamente costruito come meramente eventuale, anche se tale ipotesi risulta politicamente poco ambita. Tale problema riguarda in verità anche il ballottaggio, peraltro annullato con altra argomentazione dalla Corte, determinando anche qui come esito un premio “condizionato”.

Ha tuttavia prevalso, in questo caso, il comprensibile timore della Consulta di discostarsi eccessivamente dalla rotta impressa dalla [sentenza del 2014](#), suscitando però l'impressione di non soffermarsi adeguatamente su un profilo più volte posto all'attenzione dalla dottrina e legato tanto al primo turno che alla soglia di ballottaggio.

8. *L'annullamento del ballottaggio* – Meritevole di attenzione è senz'altro il fatto che la Consulta abbia rifiutato l'idea che il ballottaggio sia una votazione dotata di autonomia rispetto a quella del primo turno e, dunque, l'assunto per cui «dal punto di vista degli elettori col ballottaggio tutte le scelte rispetto a quelle del primo turno si azzerano e sono reversibili: quindi la discontinuità è comunque evidente e non un riflesso delle scelte delle forze politiche»⁸⁹.

In realtà, il ballottaggio poteva considerarsi autonomo solo in relazione alla scelta della lista di maggioranza (assegnataria del premio), l'unica davvero reversibile rispetto a quelle operate nel primo turno. Il resto, invece, veniva cristallizzato nella prima votazione. Così, ad esempio, la distorsione provocata ai danni dei partiti perdenti era infatti da calcolarsi comunque sui seggi in prima battuta – col ricorso al sistema proporzionale – in base al primo turno e sarebbe rimasta identica ove lo stesso partito vincitore al ballottaggio avesse vinto il premio al primo con il 40% dei voti validi. Ed anche i candidati destinati a ricoprire i seggi conseguiti dai partiti – di maggioranza, come di opposizione – sarebbero stati pur sempre individuati in base alle preferenze espresse al primo turno.

⁸⁸ Secondo A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 6, all'argomentazione della Corte «può infatti opporsi che qui è in gioco il valore democratico, che verrebbe comunque a versare in uno stato di palese sofferenza laddove il premio prescindesse dal riferimento ai partecipanti alla competizione elettorale: la forza politica (o un domani, qualora il premio stesso fosse di coalizione, il cartello di forze politiche) sarebbe comunque priva(o) della necessaria “rappresentatività” (*rectius*, rappresentanza in senso sostanziale)». In senso analogo, cfr. A. SPADARO, *Sull'intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie”*, cit., 4, secondo cui «il premio di maggioranza, se non vuole avere effetti irragionevolmente distorsivi, dovrebbe essere assegnato non solo se vota il 40 % di elettori a favore di un partito, ma anche – condizione aggiuntiva – solo se ha votato una percentuale minima di elettori. E tale requisito prescinde, mi sembra, dal fatto che si sia al primo o al secondo turno (dove il quorum, di necessità, sale al 50 %, sempre che il ballottaggio sia ristretto alle due forze con il migliore rendimento al primo turno). Ma la Corte sfugge proprio su quest'aspetto, che invece è decisivo per la democraticità dell'elezione: l'assegnazione del premio di maggioranza in rapporto a un numero minimo di aventi diritto al voto». La formidabile questione rimane peraltro avvolta, anche qui, dalla zona d'ombra, se è vero che possono darsi sistemi elettorali altamente manipolativi senza premio, ivi compresi gli stessi sistemi proporzionali particolarmente e “naturalmente” selettivi, perché, ad esempio, fondati sulla ripartizione di seggi in circoscrizioni molto piccole senza recupero dei resti a livello nazionale. In questi casi risulta molto più difficile immaginare un necessario riferimento agli aventi diritto, che rischierebbe di bloccare lo stesso rinnovo delle Camere, ma rischierebbe di rimanere irrisolto il problema dell'adeguata “rappresentanza sostanziale” del Paese.

⁸⁹ Così, invece, S. CECCANTI, *I sistemi elettorali*, cit., 3.

In verità, il ragionamento della Corte sul punto non appare particolarmente lineare o, più esplicitamente, non è esattamente chiaro. Premesso che l'accesso al ballottaggio è previsto per i due partiti che abbiano ottenuti più voti al primo turno – ma in misura minore al 40%, visto che in tal caso il premio sarebbe già stato assegnato in quella fase – i giudici *a quibus* avevano lamentato il rischio che una maggioranza artificiosa fosse attribuita a partiti con esiguo radicamento territoriale, considerati anche i possibili effetti dell'astensione al voto quale probabile conseguenza della riduzione dell'offerta elettorale nel turno del ballottaggio. Ed anche qui si censurava l'assenza di correttivi, come il raggiungimento di un quorum minimo di votanti al ballottaggio o al primo turno (per accedere al secondo), nonché l'impossibilità di apparentamento fra liste.

La Corte glissa sul riferimento dei giudici alla necessità di un *quorum* degli aventi diritto, così come non sembra dare particolare peso agli ulteriori effetti di un'eventuale astensione massiccia degli elettori al ballottaggio. Piuttosto, il giudice delle leggi intravede l'illegittimità di questo specifico profilo della normativa nella possibilità che una lista che ha ricevuto un consenso esiguo al primo turno possa ottenere addirittura un raddoppio di seggi con la vittoria del premio al ballottaggio, riproponendo un effetto distorsivo analogo a quello già individuato nella [sentenza n. 1 del 2014](#).

La Consulta riporta invero l'intero ragionamento nell'alveo della forma di governo parlamentare e della forma di Stato, dovendosi tener conto della posizione costituzionale della Camera nell'assetto dei poteri, confermando peraltro quel bilanciamento asimmetrico – già proposto nella [sentenza n. 1 del 2014](#) – secondo cui «ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che essere primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività».

Ora, che la maggioranza assoluta così ottenuta non garantisca con certezza l'espressione di un reale radicamento elettorale, in quanto conquistata in automatico da uno dei due competitori di un ballottaggio, è un argomento convincente, ma *a condizione che lo si rapporti agli aventi diritto*, secondo un sentiero argomentativo che tuttavia la Corte afferma di non poter percorrere. È difficile, comunque, comprendere a cosa possa condurre la premessa per cui «se il primo turno dimostra che nessuna lista, da sola, è in grado di conquistare il premio di maggioranza, soltanto le stringenti condizioni di accesso al turno di ballottaggio conducono, attraverso la radicale riduzione dell'offerta politica, alla sicura attribuzione di tale premio»⁹⁰.

Se abbiamo ben compreso, il punto decisivo sembra essere il grado di manipolatività delle scelte elettorali derivante dal numero di soggetti ammessi al ballottaggio o dalla loro natura non composita derivante dal divieto di apparentamenti. Quanto al primo aspetto, è chiaro che già aumentare di una unità il numero di competitori al ballottaggio disinnescerebbe l'automatismo censurato dalla Corte, ma paradossalmente, nella stessa prospettiva adottata dal giudice delle leggi, *potrebbe anche significare rimettere in gara altri partiti che hanno conseguito consensi ancor minori nel primo turno, con un maggiore rischio dunque di assegnare il premio ad una lista con scarso rendimento elettorale*. Qualora, invece, si considerassero necessari gli “apparentamenti” per il ballottaggio, l'intera *ratio* dell'*Italicum* – ingenua nel suo ottimismo ambizioso, ma assai lineare nella continuità storica e realizzata con istituti funzionali al dichiarato obiettivo di avviare un bipartitismo – ne risulterebbe definitivamente travolta anche per il futuro.

Il restante campo dei possibili interventi additivi o manipolativi viene interamente riportato all'ambito di discrezionalità del legislatore, ma non è forse un caso che la Corte, fra i tanti possibili profili di libero intervento legislativo, alluda proprio alla scelta di attribuire il premio ad una *coalizione di liste*, anziché ad una sola. A ciò si aggiunge la difficoltà tecnica di restituire una normativa elettorale direttamente applicabile, sicché «alcuni di questi interventi (...) non sarebbero comunque nella disponibilità di questa Corte».

Si può notare la studiata strategia della Corte di non dire nulla *oltre lo stretto necessario*, esattamente come nella [sentenza del 2014](#), ma con effetti più spiazzanti per il legislatore. Così, se il ballottaggio non viene ritenuto incostituzionale *in sé*, ma per il modo in cui era strutturato dalla legge

⁹⁰ Cfr. [§ 9.2](#), del *Considerato in diritto*.

n. 52 del 2015, si può senz'altro riconoscere che il giudice delle leggi sia stato singolarmente parco di indicazioni per il legislatore ed attento a sfuggire all'angolo cui volevano costringerlo i giudici *a quibus*.

La presenza di una zona di penombra in tale argomentazione lascia tuttavia notevolmente perplessi sull'utilizzabilità in futuro del ballottaggio al fine di assegnare il premio, che può anche tradursi nell'opposto effetto *boomerang* di una incisione profonda sulle valutazioni politiche del legislatore. Difatti, di fronte al pericolo di un nuovo annullamento del ballottaggio o alla stringente necessità di mettere da parte qualsiasi ambizione nella costruzione del bipartitismo comunque determinato dal fallimento del bipolarismo⁹¹ ed a prescindere dalla sua concreta fattibilità nell'attuale fase politica – v'è il rischio che proprio la pronuncia della Corte abbia non solo rimesso, com'è giusto che sia, le castagne alla politica, ma addirittura reso talmente impervio il sentiero del proporzionale con premio da serrarne, pur senza volerlo, gli orizzonti. Di certo, ne esce fuori un ballottaggio talmente... "sballottato" da risultare possibile, ma assai improbabile – e, comunque, decisamente ardua – una sua riproposizione in futuro.

9. *Le multicandidature ed il criterio residuale di scelta dei collegi* – Pochi cenni restano da fare ad un altro interessante aspetto preso in considerazione dalla Corte nella recente [sentenza n. 35](#). La Corte ha fatto salva non solo l'esistenza dei capo-lista bloccati, ma anche, superando alcuni opportuni rilievi della dottrina⁹², la possibilità di una loro candidatura in più collegi, per un massimo di dieci. In questa parte della motivazione si intravedono, in verità, più ombre che luci.

Innanzitutto, se può affermarsi in modo pacifico che, nella legge n. 52 del 2015, il superamento delle lunghe liste bloccate rispetta l'indicazione della [sentenza n. 1 del 2014](#), diversa è la conclusione che deve trarsi in ordine alle multi-candidature. In quella pronuncia, infatti, la Consulta aveva sottolineato *incidenter* l'esistenza di un *legittimo affidamento* dell'elettore anche nel fatto che il primo seggio conquistato dal partito da lui votato sarebbe stato assegnato al primo candidato nell'ordine della lista. Nell'*Italicum* tale affidamento risulta invece del tutto disatteso, a prescindere, ovviamente, dal fatto che la possibilità di multi-candidature può per altri versi produrre effetti positivi in ordine alla limitazione del numero di deputati scelti senza le preferenze⁹³. Analogo effetto negativo si riverbera chiaramente sulle stesse esigenze di conoscibilità, considerato che i capilista potrebbero presentarsi in dieci collegi rispettivamente ricompresi in dieci circoscrizioni. Come a dire: in mezza Italia. E tale elemento stona ancor più con un'importante precisazione della Corte in ordine al territorio entro cui alcuni seggi originariamente da assegnare in un collegio possano infine *slittare* verso un altro collegio.

Si tratta, ovviamente, di due diversi istituti. Tuttavia, è significativo che, mentre l'effetto di slittamento è ritenuto non illegittimo unicamente in quanto mantenuto *nell'ambito della medesima circoscrizione* – e dunque il voto dell'elettore può anche consentire al partito scelto di ottenere il seggio in altro collegio, perché (e purché) contiguo o vicino – l'affidamento sull'elezione del capo-lista di partito del (e nel) proprio collegio rimane invece completamente privo di tutela, potendo addirittura lo stesso capo-lista essere eletto in un'altra Regione.

Infine, non sembra esservi stata corrispondenza alla richiesta dei giudici di garantire che, in caso di vittoria in più collegi, il capo-lista fosse proclamato eletto secondo un criterio rispettoso della volontà degli elettori. Se è vero, infatti, che la Corte recide alla radice l'insostenibile peso dei partiti nella scelta del collegio – annullando la possibilità di opzione del capo-lista – rimane una magra consolazione l'elevazione a criterio decisivo il sorteggio, previsto originariamente dall'*Italicum* come ipotesi residuale in mancanza di una scelta da parte dell'interessato.

⁹¹ Cfr. C. FUSARO, *Del rifiuto di rafforzare la governabilità per via elettorale*, in *Quad. cost.*, 4/2015, spec. 635.

⁹² .. relativi, fra l'altro, anche all'alterazione della competizione sotto il versante dell'elettorato passivo: cfr. L. TRUCCO, *Candidature multiple ed Italicum*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 738 ss.

⁹³ Per opportuni approfondimenti, si rinvia al nostro *I capilista bloccati: una soluzione ragionevole?*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 741 ss.

Ovviamente, molte erano le opzioni possibili, alcune delle quali utilmente suggerite dallo stesso tribunale costituzionale. Ed occorre pure considerare che la peculiare posizione del capo-lista bloccato rende meno semplice suggerire soluzioni più lineari: ad esempio, pur non essendo vietato ai cittadini esprimere proprio su tale candidato la propria preferenza, è comprensibile immaginare che in questo caso la preferenza assume un peso diverso, ben sapendo l'elettore che il capolista avrebbe comunque diritto al primo seggio del partito in quel collegio, a prescindere dal numero di consensi ottenuti. È più facile, dunque, che la preferenza – o le preferenze, se relative a candidati di diverso genere – si appuntino su un candidato diverso dal capo-lista, senza che ciò costituisca per tale soggetto un segno di maggiore o minore gradimento da parte dell'elettorato.

Tuttavia, è difficile accettare che una decisione di accoglimento lasci in piedi, per ragioni di *self restraint*, una soluzione (forse meno, ma) pure decisamente incostituzionale.

Sicché, sia pure con molta fatica e con estrema prudenza, attesa pure la probabile “sofferenza” del collegio, in questo bilanciamento fra due componenti essenziali dell'essere *giudice* – il compito di rendere giustizia costituzionale e l'esigenza di non invadere la discrezionalità del legislatore – la Corte avrebbe potuto e dovuto spingersi oltre, superando anche i vizi di incostituzionalità che inficiano la medesima soluzione del sorteggio. Se si considera che anche nella [sentenza n. 1 del 2014](#), l'introduzione della preferenza non era affatto una soluzione “a rime obbligate”, la Consulta avrebbe potuto analogamente scegliere un rimedio *minimal* fra quelli comunque da essa suggeriti, fra i quali forse il più convincente e lineare è l'elezione del capolista nel collegio in cui maggiore è stato il divario *in percentuale* fra il numero di voti complessivi ottenuti dal partito e la cifra elettorale del candidato più votato con le preferenze, come del resto segnalato dalla dottrina più attenta, ferma restando la discrezionalità del legislatore di scegliere una diversa soluzione, ugualmente rispettosa dei diritti e dei principi in gioco.

10. *Contrappeso e self restraint: la sorte del vizio di forma della legge sull'Italicum* – Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali restituisce l'immagine di un giudice delle leggi che – in quanto organo del “sistema costituzionale” – quanto più svolge la sua funzione di contrappeso, tanto più si sforza di ricorrere contestualmente anche a classici strumenti di autolimitazione.

È quanto accade in modo plateale – sulla base di un'argomentazione assai fragile – nella stessa [sentenza sull'Italicum](#). Il punto è la scelta della Corte di dichiarare inammissibile la richiesta delle parti di procedere ad un'auto-rimessione di una questione sulla stessa legge n. 52 per vizio di forma⁹⁴. La Consulta scorge in tale istanza non solo il tentativo di eludere sostanzialmente la ferrea regola processuale che impedisce alle parti di allargare il *thema decidendum* fissato dal giudice, ma anche il pericolo di trasformare il giudizio incidentale in un improprio strumento di impugnazione delle decisioni dei giudici *a quibus* con una sorta di aggiramento del rigetto, per manifesta infondatezza, dell'istanza di parte ad opera del giudice rimettente.

Ora, al di là della fondatezza della richiesta delle parti, se pure è nella stessa logica dell'auto-rimessione un potenziale allargamento dell'oggetto del giudizio, l'accostamento fra le due figure risulta decisamente forzato, visto che la Corte non avrebbe dovuto valutare altri vizi o altri argomenti *nel giudizio incardinato dal rimettente*, quanto e piuttosto verificare se esistesse una pregiudizialità fra il sindacato sul vizio di forma e quello richiesto dal giudice *a quo*. Tale condizione sussisteva sicuramente, al punto che l'eventuale annullamento per vizio di forma – destinato a colpire l'intero atto – avrebbe reso inutile il giudizio su tutti i vizi rilevati dal rimettente (non solo sulle censure ritenute fondate). Né credo sia decisiva l'ulteriore argomentazione fondata sul fatto che nei giudizi

⁹⁴ In specie, le parti costituite in cinque giudizi *a quibus* avevano chiesto che la questione fosse sollevata sull'intera legge, «con particolare riferimento ai suoi articoli fondamentali (1, 2 e 4)», poiché essa sarebbe stata approvata, prima al Senato e poi alla Camera, «in palese violazione dell'art. 72, commi 1 e 4, Cost. e dell'art. 3 del protocollo CEDU (per come richiamato dall'art. 117, comma 1, Cost.)». Segnatamente, oggetto della doglianza era l'approvazione alla Camera degli artt. 1, 2 e 4 attraverso il ricorso al voto di fiducia, nonché, al Senato, la compressione, nei tempi e nei modi, dell'esame del progetto in Commissione e l'approvazione in Assemblea di un emendamento che ha inserito nel testo della legge un preambolo riassuntivo dei caratteri essenziali del sistema elettorale, così da determinare l'inammissibilità di tutti gli ulteriori emendamenti presentati (cfr. [§ 4 del Considerato in diritto](#)).

principali le medesime questioni di forma erano state sollevate dalle parti e dichiarate manifestamente infondate dal giudice *a quo*, soprattutto se si considera la natura *ibrida* del processo incidentale, *concreto* nella sua genesi – nel senso della sua scaturigine da un giudizio concreto – ma *autonomo* nel suo svolgimento ed *universale* nei suoi eventuali esiti caducatori.

A voler essere dunque rigorosi, il principio di autonomia del giudizio incidentale avrebbe consentito – e probabilmente richiesto – una risposta positiva all’istanza delle parti di auto-rimessione della questione, anche su vizi rigettati dal giudice *a quo*. Un conto è infatti l’allargamento del parametro o dell’oggetto attraverso le memorie delle parti – cui dunque sarebbe discutibilmente rimessa la disponibilità dell’estensione del *thema decidendum* – un altro conto è che la Corte possa sollevare di fronte a sé questione anche su istanza di parte, *come qualsiasi altro giudice*. Paradossalmente, dunque, un’accorta applicazione delle stesse norme processuali avrebbe consentito un maggiore margine d’azione della Consulta. Non solo: a differenza dell’attuale aggiramento delle norme processuali sulla rilevanza/incidentalità, il riconoscimento della necessità/doverosità di una corretta e integrale sanzione dei vizi “formali” direttamente ad opera della Corte – attraverso l’autonoma via dell’*auto-rimessione*, “messa in moto” da un accorto giudizio incidentale – forse sarebbe la via più semplice e naturale per il Giudice delle leggi per ovviare alle illegittimità derivanti dall’esistenza di *zone franche costituzionali* presenti nel nostro ordinamento.

Tuttavia, la differente scelta di chiusura, per quanto difficile da spiegare in virtù delle norme sul giudizio incidentale, risponde ad una complessiva ragione di *self restraint*, giustificabile in base ad almeno due argomenti.

In primo luogo, la natura particolarmente pervasiva del controllo di forma avrebbe ulteriormente acceso gli animi su alcune discusse scelte procedurali. Non si tratta, invero, di una novità, ove si pensi che sulla stessa “legge truffa” fu posta la questione di fiducia. Ma è certo che un sindacato su tale vizio – pure possibile e, comunque, doveroso – conducendo all’annullamento *in toto* dell’*Italicum*, avrebbe impedito alla Corte di mantenere ferma la logica dei piccoli passi nel controllo sulle leggi elettorali. In tal senso, si preferisce la logica di equilibrio che porta a lavorare di fioretto e non di scherma e, dunque, a colpire eventualmente solo il minimo indispensabile. Peraltro, nell’ipotesi di annullamento totale della legge, si avrebbe avuto realisticamente il singolare effetto della riviviscenza della l. n. 270/2005, nella versione “decapitata” dalla Corte⁹⁵.

Più in generale, poi, era chiara la necessità di non ampliare ulteriormente l’uso improprio del giudizio incidentale attraverso q.l.c. sollevate in sede di giudizio di accertamento. In effetti, il punto decisivo è la necessità di limitare l’effetto dirompente della sentenza, considerato che il sindacato sui vizi formali-procedimentali, per quanto doveroso, è, anche simbolicamente, assai delicato nei rapporti della Corte con i tradizionali *arcana imperii*, perché postula non un controllo *sul prodotto* dell’attività legislativa, ma un sindacato sulla stessa proceduralizzazione di tale attività. Insomma, la Corte non valuterebbe ciò che esce fuori dalle Camere – i prodotti legislativi – ma ciò che vi accade dentro (il procedimento).

Va da sé che la giustificazione di tale scelta non può ovviamente essere il fatto, ribadito dalla stessa Consulta in altro punto della motivazione, che la giurisprudenza costituzionale ha sempre riconosciuto al legislatore un’ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale, salvo i casi di manifesta irragionevolezza. Tale discrezionalità non potrebbe infatti esercitarsi in palese violazione delle norme costituzionali sul procedimento legislativo, ipotesi di illegittimità certamente riconducibile, ove il vizio effettivamente ci fosse, alla manifesta irragionevolezza.

⁹⁵ ... almeno a seguire quanto affermato dalla stessa Corte nella [sentenza n. 13 del 2012](#): «Il fenomeno della reviviscenza di norme abrogate, dunque, non opera in via generale e automatica e può essere ammesso soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate, e comunque diverse da quella dell’abrogazione referendaria in esame. *Ne è un esempio l’ipotesi di annullamento di norma espressamente abrogatrice da parte del giudice costituzionale, che viene individuata come caso a sé non solo nella giurisprudenza di questa Corte* (peraltro, in alcune pronunce, in termini di «dubbia ammissibilità»: [sentenze n. 294 del 2011](#), [n. 74 del 1996](#) e [n. 310 del 1993](#); [ordinanza n. 306 del 2000](#)) e in quella ordinaria e amministrativa, ma anche in altri ordinamenti (come quello austriaco e spagnolo). Tale annullamento, del resto, ha “effetti diversi” rispetto alla abrogazione – legislativa o referendaria – il cui “campo [...] è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale” ([sentenza n. 1 del 1956](#))».

Di certo, anche qui potrebbe intravedersi un *uso teleologico* delle norme processuali, al fine non solo o tanto di non trascinare la Corte in un settore delicatissimo, quello del controllo sulle discutibili prassi parlamentari, talvolta palesemente incostituzionali, ma di non forzare oltre misura l'esito di un giudizio *ad accesso anomalo*. Solo con tale sguardo benevolo si può ritenere che anche qui la Consulta riesca ancora, sia pure con una certa fragilità argomentativa, a mantenere entro livelli fisiologici la *diversità* fra la funzione di garanzia costituzionale e quella legislativa.

11. *Un sindacato a geometria variabile (astratto/concreto) e l'oscillante riferimento agli "inconvenienti di fatto"* – Al termine di tale panoramica, si ha l'impressione che in materia elettorale si presenti oramai più sfumata la nota contrapposizione fra la natura particolarmente concreta del giudizio svolto dalla Corte edu – avente ad oggetto un ricorso a tutela di diritti individuali – ed il sindacato della Consulta sulla costituzionalità della legge, dall'anima ibrida.

Quanto alla prima, al di là di quanto si potrebbe osservare più in generale rispetto alle c.d. "sentenze-pilota" e ad alcune decisioni in materia pensionistica⁹⁶, si può ad esempio nuovamente richiamare la [sentenza Yumak e Sadac c. Turchia dell'8 Luglio 2008](#), in cui se pure la Corte ricorda che «non le spetta esaminare *in abstracto* una legge elettorale interna e che spetta innanzitutto alle autorità nazionali, e segnatamente le corti ed i tribunali, particolarmente qualificati in materia, il compito di interpretare ed applicare il diritto interno», stabilisce di dover decidere «alla luce dei risultati delle elezioni legislative del 3 novembre 2002, ma senza trascurare le elezioni del 22 luglio 2007, alle quali i ricorrenti non sono stati certo candidati ma che nondimeno presentano un evidente interesse per la valutazione degli effetti della soglia di sbarramento elettorale contestata dai ricorrenti»⁹⁷, visto peraltro che la precedente decisione della Camera, adottata prima delle elezioni del 2007, ha preso in considerazione principalmente i risultati delle elezioni del 3 novembre 2002 ed il contesto prevalente nel paese a quel tempo (§73).

Quanto, poi, alla Corte costituzionale, è chiaro che nella definizione di una questione sollevata in un giudizio di accertamento risulta inevitabilmente accentuata la natura astratta del sindacato di costituzionalità. Al contrario, nella ricordata [sentenza n. 193 del 2015](#) sulla legge elettorale della Regione Lombardia la censura del giudice *a quo* sul premio di maggioranza è stata dichiarata addirittura inammissibile dalla Corte sulla base di una puntuale analisi dei risultati elettorali, secondo uno schema che richiama quello seguito ordinariamente nel giudizio della Corte EDU⁹⁸.

⁹⁶ Così, in alcuni casi relativi ai sistemi pensionistici, «la Corte fa notare che il proprio ruolo consiste nel definire la questione di principio, accertando se la legge illegittimamente differenzi tra persone che si trovano in una analoga situazione. Quello che colpisce è che, diversamente da altri contesti, la Corte edu pare prescindere dalla particolarità dei casi specifici, orientando il proprio sindacato sulla legge che si sospetta fonte di discriminazione»: così G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2013, 278 (che indica, quale esempio emblematico, la [sentenza Carson e altri c. Regno Unito del 4 novembre 2008](#)).

⁹⁷ Preliminarmente, la Corte confuta l'eccezione statale per cui i motivi di ricorso adottati dai ricorrenti si sarebbero risolti in un'*actio popularis*, ricordando che comunque, «al momento delle elezioni del 3 novembre 2002, gli interessati sono stati toccati in maniera diretta ed immediata dalla soglia di sbarramento dagli stessi contestata».

⁹⁸ Segnatamente, stabilendo la legge elettorale lombarda – come le leggi di molte altre Regioni – che il premio fosse assegnato alle liste non in base ai voti da queste ricevuti, ma in relazione ai voti ottenuti dai candidati alla Presidenza collegati, il T.A.R. remittente riteneva di dubbia costituzionalità la possibilità che liste minoritarie ottenessero la maggioranza assoluta dei seggi. La Corte ha rigettato tale questione accertando che dai risultati elettorali emergeva che la lista collegata al Presidente vincente avesse invece ottenuto un consenso nient'affatto esiguo. È stata invece dichiarata infondata la questione relativa alla soglia di sbarramento. In tema, cfr. G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità*, cit., 1000 ss.; M. POLESE, *L'eccezione e la regola: considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità della questione a partire dalla sentenza n. 1/2014*, in [Rivista AIC](#), 3/2016; A. ROMANO, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle Corti e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 2/2015, 431 ss.; A.O. COZZI, *La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 12 novembre 2015; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 193/2015*, in *Foro it.*, 2015, I, 3365 ss.; M. TROISI, *Rilevanza ad assetto variabile: in margine alla sentenza n. 193 del 2015 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 15/2016; D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1 febbraio

In realtà, ove mai si dovesse superare la fase di transizione caratterizzata dall'assenza di ordinari rimedi giurisdizionali, difficilmente la Corte potrebbe ricorrere ad un giudizio particolarmente *concreto* anche sulle leggi di elezione delle Camere. Sicuramente, non potrebbe farlo *de plano* nell'ipotesi in cui venga legislativamente estesa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle elezioni parlamentari relativamente alla *fase preparatoria* e dunque la Consulta venga investita della questione in uno stadio del procedimento elettorale che precede la votazione in senso stretto e, dunque, la conoscibilità degli esiti dell'elezione.

In ogni caso, però, l'anima (anche) concreta del giudizio incidentale non sembra poter essere spinta al punto da vanificarne la natura di sindacato *sulla legge*, destinato dunque a cogliere anche *incostituzionalità potenziali* che potrebbero non emergere in una determinata tornata elettorale ripresentandosi invece in quelle successive. Ed è evidente che il diverso dispiegarsi di tali potenzialità incostituzionali non può che essere condizionato da molteplici fattori – come la strutturazione e la strategia di partiti – i quali non possono essere considerati quali meri inconvenienti di fatto. Lo schema argomentativo qui dovrebbe essere ribaltato: ove la legge elettorale non garantisca – a fronte dei diversi scenari politici immaginabili – il rispetto del quadro costituzionale, l'esito non può che essere l'annullamento.

Fin qui, invero, a partire dalla [sentenza n. 1 del 2014](#), il controllo sulle potenzialità negative delle leggi elettorali si è accordato agevolmente alle specifiche caratteristiche delle questioni sollevate in sede di giudizio di accertamento, che sbilanciano inevitabilmente il sindacato sul fronte dell'astrattezza. Tuttavia, nella stessa [sentenza n. 35 del 2017](#), la Consulta mostra non poche oscillazioni sul punto.

Il primo esempio è costituito dall'ipotesi di una lista che, pur senza raggiungere il 40% dei voti al primo turno, ottenga comunque col sistema proporzionale 340 seggi. Il [Tribunale di Genova](#) lamenta l'irragionevolezza della normativa nella parte in cui parrebbe richiedere anche in quest'ipotesi lo svolgimento del ballottaggio, che in effetti risulterebbe *ictu oculi* del tutto inutile. Tuttavia, la Corte, considerando tale eventualità «realmente verificabile», al pari della stessa l'Avvocatura e «sia pure in ipotesi del tutto residuali», non ha intravisto in essa un mero “inconveniente di fatto”, censurando piuttosto l'errato presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo*, che consegna un risultato ermeneutico «prima ancora che irragionevole, (...) in contrasto con la *ratio* complessiva» della legge⁹⁹.

Nel ballottaggio, invece, come si è visto, risulta censurata la scelta del legislatore di preconstituire comunque le condizioni per cui un partito ottenga con certezza la maggioranza assoluta. Ma questo significa, a ben vedere, che la norma è illegittimità perché, secondo la Corte, *può accadere che un partito ottenga il premio con un'esigua rappresentanza, pur essendo quest'ultima solo un'eventualità*. Dunque, in questo caso, è proprio la *potenzialità* dell'incostituzionalità che conduce all'annullamento: altro che concretezza, almeno di questo giudizio incidentale!

Il terzo esempio riguarda proprio i capi-lista bloccati, per i quali si era già messa in luce la profonda differenza che avrebbe caratterizzato la composizione della maggioranza parlamentare – per più di due terzi (almeno) costituita da candidati scelti con le preferenze – e quella dell'opposizione, in larga parte verosimilmente formata da capilista. Qui la censura del giudice *a quo* costituisce per la Corte una semplice «conseguenza (certo rilevante politicamente) che deriva, di fatto, anche dal modo in cui il sistema dei partiti è concretamente articolato, e che non può, di per sé, tradursi in un vizio di illegittimità costituzionale», trattandosi, fa intendere il giudice delle leggi, di un “inconveniente di fatto”.

Le differenti risposte date dalla Corte a questioni diverse, ma tutte relative a vizi potenziali della legge, sono alcune cause del tenore “sofferto” della motivazione e pongono una questione teorico-generale particolarmente seria sulla natura del giudizio incidentale. Potrebbe servire, al fine, un esempio relativo sempre alla materia elettorale. Si pensi all'eventuale introduzione – allo stato attuale,

2016; S. CATALANO, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 alla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, in *Le Regioni*, 1/2016, 185 ss.

⁹⁹ Cfr. [§ 9](#) del *Considerato in diritto*.

invero, assai poco probabile – del sistema maggioritario uninominale *plurality* per l'assegnazione di tutti i seggi parlamentari. Com'è noto, un siffatto sistema potrebbe *potenzialmente* dar vita a Parlamenti monocolori. Se ciò normalmente non accade – e risulta salvaguardata la rappresentanza anche dei partiti perdenti (che peraltro non è detto costituiscano una minoranza nel Paese) – è per l'effetto della c.d. compensazione fra collegi.

Non convince tuttavia il rilievo – riconducibile a risalente dottrina – per cui tale contrappeso fattuale, derivante ordinariamente dalla pluralità dei luoghi di competizione, compensi la violazione dell'eguaglianza sostanziale nel voto *in uscita*, al punto da potersi escludere l'incostituzionalità di tale sistema maggioritario¹⁰⁰. Piuttosto, come ebbe a sottolineare Gaspare Ambrosini in un'ampia trattazione sui sistemi elettorali, col sostenere un siffatto argomento – ovvero la possibilità che l'effetto fattuale di compensazione fra i collegi disinnesci ordinariamente il pericolo di Parlamenti monocolori – i sostenitori del maggioritario implicitamente ammettono che tale sistema «di per sé non si basa sulla giustizia assoluta e che può dar luogo al grave inconveniente suindicato», dovendosi escludere «un'applicazione integrale»¹⁰¹.

Dunque, la stessa possibilità teorica di una grave compressione delle minoranze politiche non può essere ridotta in modo semplicistico all'effetto di meri inconvenienti di fatto, dovendosi invece imputare all'incapacità della legge elettorale di salvaguardare i diritti implicati a prescindere dalle diverse strategie elettorali, che potrebbero benissimo mutare in occasione delle diverse tornate elettorali ed alle quali non si può certo consegnare la sorte dei fondamentali principi in gioco. A ragionare diversamente, verrebbe completamente mortificata l'anima anche astratta del giudizio incidentale, che strettamente si lega agli effetti *erga omnes* delle decisioni di accoglimento e, dunque, all'esigenza di evitare che l'incostituzionalità, pur se eventualmente non determinatasi nella tornata elettorale cui il giudizio *a quo* si riferisce, possa essere rimossa prima che abbia a verificarsi in casi futuri¹⁰².

12. *La giurisdizione costituzionale come improbabile rimedio per l'apatia democratica* – Il compito di sindacare le leggi elettorali, si è visto, è per la Corte tanto doveroso quanto delicato per la sua stessa legittimazione. Tuttavia, sullo sfondo dei giudizi inaugurati con la [sentenza n. 1 del 2014](#) rimane pur sempre la responsabilità delle stesse forze politiche nel partorire leggi al limite della costituzionalità o, per taluni profili, del tutto irragionevoli. E, visto che in molti aspetti non è sempre facile distinguere fra profili di opportunità politica e veri e propri vizi di illegittimità, l'attività della Consulta risulta, per svariati profili, imprevedibile e facilmente esposta ad accuse, rispettivamente, di attivismo o di inopportuno *self restraint*.

Certo, il sindacato di costituzionalità sulle leggi elettorali non comporta di per sé un'invasione del campo riservato al legislatore, ma, nel cercare di fornire un rimedio ai diritti in concreto con un uso elastico delle norme processuali, la Corte rischia fatalmente di compromettere il suo essere – o,

¹⁰⁰ Tale tesi, risalente a F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche*, cit. 284, non sembra anche oggi adeguatamente avversata dalla dottrina, per quanto va ricordato che nella [sentenza n. 1 del 2014](#) la Corte ha avuto modo di circoscrivere la portata delle sue argomentazioni, premurandosi di ritenerle non estendibili *sic et simpliciter* ad altre tipologie di sistemi selettivi, come il maggioritario uninominale. Ma è evidente che la necessità di limitare l'eccessiva distorsione fra voti e seggi non può che riguardare anche tale differente tipologia di sistema elettorale, per quanto qui, a differenza di quanto accade col premio, l'effetto distorsivo sembra prodursi in modo più "naturale", ovvero con complessive, effettive vincite a maggioranza in diversi collegi.

¹⁰¹ Così G. AMBROSINI, *I sistemi elettorali*, Firenze 1945, 17.

¹⁰² Qualche assonanza del ragionamento sembra cogliersi anche in P. PINNA, *Il giudizio di costituzionalità della legge come funzione giurisdizionale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., II, spec. 1777, ove si osserva che «l'enunciato legislativo va dichiarato incostituzionale quando obbliga ad applicare una norma incostituzionale a un caso, anche quando si possa ragionevolmente ipotizzare che questo è l'unico; e ciò innanzitutto perché questo è solamente un giudizio prognostico, che necessariamente si riferisce ad un fatto, e su un fatto, quantunque probabile, non si può fondare un'interpretazione; in secondo luogo, perché il diritto del singolo, ciò che è tutelato dalla giurisdizione, non può essere sacrificato a vantaggio dell'interesse generale – della politica – alla conservazione della legge verosimilmente applicabile anche in modo incostituzionale».

melius, quanto meno apparire – come “giudice”¹⁰³. L’unica cosa certa è che, per quanto giudice sia, la Corte è comunque un giudice *speciale*, con funzioni *del tutto peculiari* di garanzia costituzionale, che sono ormai “al limite” della giurisdizione.

Purtroppo i partiti politici, progressivamente si sono rivelati incapaci di dare ascolto alle istanze sociali, alimentando così il fenomeno dell’*apatia democratica*, spingendo ad un silenzio rabbioso che tronca ogni dialogo tra elettori ed eletti, con l’effetto negativo di spostare ogni rivendicazione sul terreno della giurisdizione, ed in particolare, di quella costituzionale¹⁰⁴.

Ben altre dovrebbero essere le sedi di realizzazione politica dei diritti qui in gioco ed è piuttosto improbabile che il Giudice delle leggi possa, da solo, supplire alle più generali istanze che provengono dai cittadini. Va dunque preso atto che la giurisdizione costituzionale, anche in materia elettorale, in assenza di adeguate “scelte politiche”, se pure viene sempre più chiamata a costituire un fondamentale rimedio all’apatia elettorale, non costituisce la sede più efficace e, soprattutto, la più naturale per fare in modo che cittadini e (classe) politica tornino a parlare fra loro.

¹⁰³ Su siffatta “tensione interna” al compito di giudice, cfr. spec. A. RUGGERI, *Teorie della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XX, *Studi dell’anno 2016*, Torino 2017, spec. 505 ss., il quale rileva come «in tale presente contesto (...) si riveli non poche volte impossibile assicurare una tutela giurisdizionale dei diritti senza tradire la giurisdizionalità stessa, perlomeno per il modo con cui è stata fin qui intesa ed ha caratterizzato il modo d’essere dello Stato costituzionale» (p. 508). Sul punto, dello stesso A., v. pure *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in ID., *“Itinerari”*, cit., 353 ss.

¹⁰⁴ ... al punto che il rapporto fra partiti e cittadini sembra quasi evocare un’opera letteraria – “Il canto d’amore di John Alfred Prufrock”, di T.S. Eliot – in cui il protagonista, rattristato, afferma: «Ho udito le sirene cantare l’una all’altra. Non credo che canteranno per me».

Antonio Ruggeri
Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*

1. Le ragioni di una scelta

L'odierno incontro di studio nasce da un'esigenza e dà una testimonianza: offrire un contributo, in spirito di autentica e solidale cooperazione, dei costituzionalisti operanti in tutte le Università della Regione, alla elaborazione di una nuova Carta statutaria la cui venuta alla luce, ad oltre settant'anni dal varo di quella ancora in vigore, non può tardare oltre. Di qui l'idea di sollecitare studiosi di provata esperienza e sensibilità per le questioni di diritto regionale a partecipare a questa iniziativa di studio in un modo almeno in parte inusuale rispetto a quello che connota le iniziative scientifiche in genere: non soltanto, cioè, a portare in forma discorsiva il loro apporto di idee ma a far luogo, ciascuno su ambiti materiali distinti e oggetti determinati in essi ricadenti, alla predisposizione di quelli che potrebbero divenire i disposti del futuro statuto. L'obiettivo è, insomma, quello di mettere in mano agli operatori istituzionali, specie a quelli regionali, una bozza di articolato, corredata delle necessarie riflessioni teoriche di supporto, cui essi possano fare, volendo, riferimento in sede di elaborazione del disegno di nuovo statuto.

Il bisogno di disporre a breve di una Carta statutaria profondamente rinnovata nei contenuti non richiede – a me pare – alcuna argomentazione a suo sostegno. La [Carta del '46](#) ha costituito a suo tempo un importante punto di riferimento, prospettandosi in essa un modello di articolazione istituzionale dello Stato particolarmente avanzato, anzi fin troppo avanzato per il tempo, tant'è che esso non è riuscito a farsi strada e ad affermarsi conformemente al disegno tracciato sulla carta. Oggi, però, per un verso, alcuni istituti statutari non sono più riproponibili (penso, ad es., all'Alta Corte), mentre altri (come il ruolo assegnato al Presidente della Regione per ciò che attiene al mantenimento dell'ordine pubblico), rimasti lettera morta, non sono in alcun modo prospettabili. Allo stesso tempo, la società siciliana (e l'intera società italiana) è nel frattempo profondamente cambiata, così come è cambiato il contesto internazionale e sovranazionale, segnato da vincoli viepiù intensi di mutua solidarietà tra gli Stati e, specialmente, dalla costruzione europea tuttora in corso, pur tra gravi difficoltà e non rimosse contraddizioni e complessive carenze.

D'altro canto, chi si accinga a porre mano alla redazione di una nuova Carta statutaria non può non trarre profitto dalla lezione della storia, e segnatamente dall'esperienza regionale qual è venuta maturando fino ad oggi nel corso di un processo ormai pluridecennale, esso pure svoltosi con non poco affanno e vero e proprio travaglio, di cui è indice eloquente una corposa giurisprudenza costituzionale, nel suo insieme di certo non benigna per l'autonomia in genere e le ragioni della specialità in specie.

Alle più salienti linee di tendenza di questa giurisprudenza occorre prestare la massima attenzione; e, se è vero che non avrebbe pratico senso contrapporsi frontalmente a taluni granitici convincimenti del giudice costituzionale, è parimenti vero che alcune sue espressioni fortemente penalizzanti per l'autonomia vanno contrastate con decisione: quali migliore occasione, allora, di quella della riscrittura dello statuto? Non si dimentichi che siamo davanti ad una fonte costituzionale, vale a dire allo strumento provvisto della maggior forza normativa, il più idoneo a indurre la Consulta a correzioni, sia pur parziali, dei propri orientamenti.

2. Temi e problemi in attesa di soluzione

Non conosco, al momento in cui rappresento queste mie succinte notazioni introduttive, i contenuti delle proposte che saranno presentate dai colleghi nel corso delle nostre Giornate. Mi limito solo a

* *Presentazione delle Giornate di studio dall'omonimo titolo, Messina 16-17 marzo 2017.*

porre sul tappeto, con la massima rapidità, alcune questioni su cui mi parrebbe opportuno fermare particolarmente l'attenzione.

Quanto all'organizzazione, si tratta di ragionare se convenga tenere fermo così com'è il principio del *simul simul* che, nel presupposto della elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Regione, informa di sé le relazioni tra gli organi costituzionali della Regione stessa. La questione merita, a mia opinione, di essere riconsiderata senza alcun preconconcetto ideologico o di dottrina, non valutandola in astratto o *in vitro* ma alla luce degli sviluppi del sistema dei partiti (continuo a fare utilizzo di questa formula esclusivamente per scorrevolezza espositiva, pur consapevole che ben poco di "sistematico" v'è nel quadro politico in atto, nel quale gli stessi partiti sembrano afflitti da una crisi strutturale forse irreversibile e in via di disfacimento). E, invero, nel momento in cui il quadro stesso appare sfilacciato e segnato da gravi tensioni e contraddizioni, il rischio è che, non essendo i partiti in grado di giocare un ruolo forte di aggregazione e di progettazione politica, il meccanismo in parola possa dar fiato, in una misura eccessiva e con esiti inaccettabili, alla tendenza in atto al "leaderismo" e, anzi, al vero e proprio "cesarismo" politico, finendo col risolversi in una sovraesposizione del Presidente suscettibile di recare squilibri nella forma di governo e nella stessa "forma di Regione" (intesa come riferita ai rapporti tra comunità governata e apparato governante), dei veri e propri guasti forse non riparabili.

D'altro canto, "l'equilibrio del terrore", come l'ha definito un'autorevole dottrina, insito nel meccanismo stesso, può agevolare operazioni di trasformismo politico, portando a crisi di governo a getto continuo mascherate da rimpasti più o meno consistenti, che nondimeno passano sopra la testa dell'Assemblea, inibita dal timore dell'autoscioglimento nel prendere l'iniziativa della sfiducia al Presidente, la cui previsione si è fin qui rivelata un'arma spuntata, incapace di fare da pungolo per l'azione di governo del Presidente stesso.

Non spetta a me dare indicazioni circa possibili correttivi o temperamenti (sempre che ritenuti opportuni) del sistema attuale, che – come nel film *Papillon* – vede legati da una catena chiusa da una palla di ferro i principali attori istituzionali. Credo però che il recupero a beneficio dell'Assemblea del ruolo di centrale rilievo sulla scena che ad essa spetta passi *anche* (non dico *solo*) attraverso il ripensamento del meccanismo suddetto.

Occorre, poi, rendere ancora più efficaci ed incisivi i poteri di controllo dell'Assemblea sull'esecutivo e dar vita a soluzioni organizzative inusuali al piano dei raccordi con gli enti locali, lo Stato, l'Unione, secondo quanto tenterò di dire meglio a momenti.

Quanto alle funzioni, credo che si debba partire da un dato su cui è difficile non convenire, vale a dire che quella della enumerazione delle materie di competenza delle Regioni mediante etichette, usualmente adottata da noi come altrove, è tecnica dimostratasi fortemente penalizzante per l'autonomia, della quale tuttavia non possiamo – a quanto pare – fare comunque a meno.

La verità è che la Regione si presenta nuda, disarmata, davanti al giudice costituzionale, sovraccaricato dalla vaghezza del linguaggio costituzionale di poteri enormi di apprezzamento discrezionale. E, poiché la tendenza – piaccia o no – è nel senso di una ricentralizzazione di materie e funzioni (la riforma "Renzi-Boschi" *docet...*), cui non sono estranee le pressioni provenienti dall'Unione europea, ecco che immaginare di poter rafforzare le difese dell'autonomia facendo leva su nuove etichette può rivelarsi una via non conducente allo scopo, senza uscita. Non dico – sia chiaro – che nulla di buono possa aversi su questo terreno, che va anzi coltivato e sfruttato ancora meglio di come si sia fin qui fatto, riformulando le vecchie etichette e, soprattutto, inventandone di nuove; credo però che altre siano le risorse cui attingere, attraverso una incisiva ed innovativa razionalizzazione statutaria, segnatamente puntando con decisione sugli istituti di un regionalismo cooperativo autenticamente ispirato al principio della *partnership*.

Non v'è, infatti, da fare molto affidamento sulla stanca riproposizione della "logica" vetero-garantista della *separazione delle competenze*, contraddetta da una giurisprudenza consolidata, seppur a tutt'oggi gravata da talune oscillazioni. Di contro, occorre decisamente puntare – a me pare – sulla "logica" della *integrazione delle competenze*, innalzata ad autentico metodo dell'azione dei pubblici poteri, a tutti i livelli istituzionali: una "logica" che, poi, naturalmente porta alla sostituzione dell'uno

all'altro ente che resti inoperoso o che intervenga solo in parte per l'appagamento del pubblico interesse.

Integrazione, in primo luogo, di tipo "orizzontale", vale a dire tra gli organi direttivi della Regione, ristrutturando i procedimenti (a partire, ovviamente, da quelli di normazione) ed assicurando una presenza di centrale rilievo all'esecutivo nella formazione delle leggi, oltre che dotandolo di poteri di normazione diretta, a mezzo di decreti-legge e di decreti legislativi. Allo stesso tempo, la varietà e complessità dei bisogni da soddisfare sollecita l'"invenzione" di nuovi tipi di legge, caratterizzate da procedure aggravate (e, appunto, "integrate"), aperte all'apporto degli enti locali e di soggetti esponenziali della società civile (penso, soprattutto, alla legge di delegazione europea, a leggi di attuazione di accordi con Stati esteri o intese con loro articolazioni interne, a leggi "organiche", in relazione a determinate materie, quali le leggi che disciplinano gli istituti di democrazia diretta, ecc.). Allo stesso tempo, è consigliabile la invenzione di nuove specie di regolamento, di referendum, di strumenti in genere (anche di *soft law*) di governo della società.

Integrazione, quindi, di tipo "verticale", prefigurandosi procedimenti "misti", in seno ai quali prenda corpo la "leale cooperazione" con altri enti autonomi, lo Stato, l'Unione appunto.

Il versante delle relazioni internazionali e sovranazionali merita – a mio modo di vedere – di essere battuto con particolare cura ed insistenza, specie dalla nostra Regione che, per la sua posizione strategica nel Mediterraneo, davvero si pone quale la porta dell'Europa, come tra l'altro dimostra la questione cruciale relativa alle immigrazioni di massa.

La Regione può (e deve) al riguardo fare tutta quanta la propria parte; di certo, non sostituendosi ad altri enti, quali lo Stato e l'Unione, ma senza nondimeno sottrarsi alle proprie responsabilità, morali prima ancora che giuridiche.

Nella presente società multiculturale, sollecitata a convertirsi sempre di più – è stato detto da una sensibile dottrina – in "interculturale", le autonomie territoriali in genere e quelle regionali in ispecie possono fare molto per la trasformazione della struttura della società stessa all'insegna dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (specie nella sua declinazione sostanziale) e, in ultima istanza, dignità della persona umana.

Il nuovo statuto, colmando una strutturale carenza di [quello del '46](#), peraltro *temporis ratione* giustificata, è chiamato a dotarsi di enunciati normativi nei quali largo spazio dovrà darsi ai rapporti tra la Regione e quanti, cittadini e non, si trovino nel suo territorio, stabilmente residenti oppure di passaggio: tutti a vario titolo bisognosi di cure, titolari di diritti ma anche gravati da doveri, tanto *inter se* che verso l'ente ospitante. Occorre, insomma, produrre uno sforzo di fantasia progettuale tale da portare ad una revisione profonda dell'idea di "forma di Regione", in essa trovando posto anche coloro che non hanno voce – perlomeno ad oggi – al piano dei diritti politici, offrendovi opportunità di inserimento nei processi di produzione giuridica e nelle attività d'indirizzo politico da cui sono ad oggi tenuti estranei.

Per questo verso, lo statuto può dare un concorso di primo piano alla trasformazione della nozione stessa di cittadinanza ed al riposizionamento su basi nuove del rapporto tra cittadini e non cittadini, facendo proprio del riferimento al territorio la base più solida su cui esso può essere complessivamente ripensato e ridisciplinato.

In questo quadro, qui sommariamente abbozzato, la Regione può proporsi quale sede privilegiata di collegamento interistituzionale: tra gli enti locali (e, segnatamente, i Comuni) e lo Stato e, quindi, l'Unione, come pure tra soggetti esponenziali della società organizzata, facendosi della sussidiarietà, tanto nella sua proiezione orizzontale quanto in quella verticale, un autentico metodo di azione e di governo della società.

Si tratta, poi, di ridefinire su basi nuove tanto l'amministrazione quanto la finanza. La seconda – com'è chiaro – dipende dalla prima, oltre che dagli oneri derivanti dalla legislazione e dalla normazione in genere. La finanza è, infatti, chiamata a sostenere ed assecondare, a un tempo, le funzioni; ha, cioè, da porsi quale una sorta di vestito su misura in relazione ai compiti ai quali la Regione deve far fronte. Pur nel presente contesto segnato da una crisi economica soffocante, dotare la Regione di campi materiali sulla carta assai vasti sui quali poter spiegare la propria autonomia

senza però la necessaria provvista finanziaria equivale a vanificare l'autonomia stessa sul nascere ovvero a fare opera mistificatoria e demagogica.

Qualora dovesse un domani affermarsi a carattere generale un modello flessibile di neoregionalismo, idoneo a spianare la via per l'avvento di un sistema di *specialità diffusa*, a favore del quale mi sono da tempo dichiarato, ogni Regione (e, dunque, anche la nostra) potrebbe attingere da un "paniere" particolarmente capiente le materie cui fanno capo i bisogni emergenti dal proprio territorio e farne quindi oggetto tanto di regolazione normativa quanto di amministrazione, o – per dir meglio – di un'attività di indirizzo e di coordinamento degli enti (territoriali e non) operanti al proprio interno, cooperando con tutti al fine dell'appagamento di interessi il più delle volte dalla connotazione "mista", bisognosi pertanto di non essere affidati alla cura esclusiva di un solo ente.

Il principio di *responsabilità* dovrà, quindi, porsi a base dell'assetto delle pubbliche funzioni; ed è chiaro, allora, che la Regione potrà (e dovrà) contare sulle risorse finanziarie rapportate alle funzioni che *in concreto* è chiamata ad esercitare, non già a quelle sulla carta riconosciute da formule statutarie peraltro strutturalmente connotate da vaghezza espressiva.

Quanto, poi, all'amministrazione, si tratta di fare una scelta di campo tra un modello ideale-astratto ed uno invece legato al contesto in atto.

Ancora una volta, l'esperienza è maestra. Sappiamo tutti la misera fine fatta dal disegno particolarmente innovativo contenuto nell'[art. 118](#), quale riscritto nel 2001: la inopinata rimozione del principio del parallelismo è stata duramente sanzionata dalla giurisprudenza (specie con la famosa [sent. n. 303 del 2003](#), a firma del compianto C. Mezzanotte) che ha, a conti fatti, portato al ripescaggio del principio stesso. Ed è singolare che la riforma "Renzi-Boschi", a conti fatti, riproponesse stancamente l'impianto ad oggi vigente, dimentica del giudizio fortemente negativo sullo stesso espresso dalla Consulta. Si tratta, dunque, di chiedersi se riproporlo ancora una volta nel nuovo statuto o se abbandonarlo senza molti rimpianti. Ho l'impressione che, qualora dovesse battersi la prima via, la giurisprudenza, con la sua consumata abilità argomentativa e manipolativa dei testi (persino dello stesso parametro costituzionale...), se ne discosterebbe, quanto meno in cospicua misura.

D'altro canto, lo stato a dir poco disastroso, agonizzante, in cui versano gli enti locali è quello che è: immaginare che i Comuni possano davvero porsi quale il "centro di gravità permanente" dell'amministrazione – per riprendere i termini di una canzone di successo – sarebbe a dir poco ingenuo. Si tratta, nondimeno, di evitare l'eccesso opposto di un accentramento di funzioni in capo alla Regione, inadeguato rispetto al ruolo di questa quale ente essenzialmente d'indirizzo e di coordinamento. S'impone, dunque, la ricerca di un punto mediano d'incontro tra istanze contrastanti, che spingano, l'una, ad un decentramento e l'altra ad un accentramento di funzioni comunque eccessivi, tali da risolversi in un grave pregiudizio per la cura del pubblico interesse.

Solo pochi cenni ad un paio di questioni che l'esperienza ha dimostrato essere di centrale rilievo: l'una, con riguardo all'implementazione delle previsioni statutarie e, perciò, alle forme e ai modi con cui assicurarne l'attuazione; l'altra, con riferimento alle garanzie statutarie, e segnatamente alle procedure di revisione dello statuto ed ai ricorsi davanti alla Corte costituzionale.

Per il primo aspetto, uno dei limiti strutturali dei documenti costituzionali (e, tra questi, appunto, lo statuto) è dato proprio dal fatto che i progetti di trasformazione della società e delle istituzioni in essi mirabilmente dipinti restano poi largamente disattesi anche per il difetto di procedure adeguate alla loro realizzazione.

Ora, non saprei dire se lo strumento delle norme di attuazione sia un ferro arrugginito, o no. Quanto meno, però, si rende necessario qualche aggiustamento, secondo quanto è peraltro da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina, che ha affacciato proposte volte a rendere obbligatoria la messa in atto delle norme stesse entro tempi prestabiliti, una volta conclusa l'attività delle commissioni paritetiche.

Di estrema delicatezza, poi, la seconda questione. Non è agevole fissare il punto di equilibrio nei rapporti tra Regione e Stato al piano delle procedure concernenti le modifiche statutarie, bilanciando e – fin dove possibile – conciliando interessi comunque meritevoli di tutela.

Per un verso, infatti, le ragioni della specialità spingono per la valorizzazione – la massima possibile – del ruolo della Regione; per un altro verso, però, occorre salvaguardare istanze unitarie

comunque indisponibili. Forse, il punto d'incontro potrebbe rinvenirsi nella riserva alla sola Regione dell'iniziativa volta alla revisione dello statuto, preservando comunque il diritto di emendamento delle assemblee nazionali. Di contro, per il caso che si convenga sulla opportunità di non chiudere il diritto in parola alla sola Regione, si potrebbe prevedere che il disegno di modifica, sottoposto all'assemblea e da questa approvato (anche con modifiche) a maggioranza qualificata, non possa essere emendato dalle Camere, ristrette nell'alternativa tra il "prendere" e il "lasciare". Allo stesso tempo, le istanze di unità potrebbero essere preservate attraverso la sottoposizione a referendum *ex art. 138*, prevedendosi che lo stesso possa aver luogo quale che sia la maggioranza raggiunta nella sede parlamentare. O ancora potrebbe immaginarsi una revisione pattiziamente concordata tra le assemblee elettive di Stato e Regione, non seguita da referendum, e via dicendo. Molte sono, ovviamente, le soluzioni attorno alle quali è possibile ragionare, nell'intento di un paritario appagamento delle istanze di autonomia e di quelle di unità.

Quanto ai ricorsi di costituzionalità, occorre finalmente e decisamente puntare al raggiungimento di quella "parità delle armi" – come l'ha chiamata una sensibile dottrina – fin qui venuta meno nell'esperienza, anche a motivo di enunciati costituzionali afflitti da eccessiva timidezza espressiva. Non spetta a me dire se convenga un livellamento "al basso", che dia modo allo Stato di impugnare le leggi regionali unicamente per vizio d'incompetenza, ovvero "all'alto", riconoscendo alla Regione la facoltà di ricorso anche oltre i casi di lesione della competenza stessa. È poi chiaro che, in linea con quel modello della integrazione delle competenze e della cooperazione tra gli enti, di cui si diceva, dovrà porsi mano alla previsione di raccordi con gli enti locali, riconoscendosi espressamente il titolo della Regione a farne valere le ragioni presso la Consulta, in linea peraltro – come si sa – con un orientamento di quest'ultima già da tempo invalso.

Molto altro si potrebbe (e dovrebbe) dire ma questo è, appunto, il compito demandato ai relatori, non a chi si è assunto l'onere, assai lieve, della mera presentazione delle Giornate che stanno per avere inizio. Mi limito solo a rinnovare l'auspicio che il nuovo statuto possa ospitare formule di organizzazione connotate da flessibilità di struttura e agilità di movenze, che ribadiscano la centralità di posto spettante alla Regione nella trama dei pubblici poteri e, perciò, il ruolo che la stessa è chiamata ad esercitare in una società e in un contesto istituzionale profondamente diversi da quelli in cui l'esperienza regionale ha avuto inizio, in una temperie storica particolarmente travagliata per il nostro Paese. Anche quella di oggi, però, è una congiuntura non poco sofferta, gravata da molte ipoteche di ordine politico, economico, sociale. Riuscire a dotare, anche e in primo luogo grazie al nuovo statuto, la Regione di strumenti adeguati a farvi fronte è una sfida alla quale tutti, operatori e studiosi, e sia pure nella diversità dei ruoli e delle responsabilità, non possiamo sottrarci.

Sono certo che gli studiosi chiamati a questo gravoso compito riusciranno ad assolverlo al meglio delle loro non comuni capacità, anche grazie al supporto venuto dalle istituzioni (l'Assemblea regionale siciliana e l'Ordine degli avvocati di Messina) che hanno affiancato l'Università nella organizzazione di queste Giornate, dando ulteriore, tangibile prova di sensibilità e di spirito di servizio verso la Regione e la collettività regionale.

BOZZA DI NUOVO STATUTO DELLA REGIONE SICILIA

predisposta dai costituzionalisti delle Università siciliane e consegnata al Presidente dell'ARS, il quale si è impegnato a sottoporla rapidamente all'esame degli organi assembleari ♦

TITOLO I**

PRINCIPI E PROGRAMMI

Art. 1

La Regione Sicilia

1. La Sicilia, nella Repubblica italiana una e indivisibile, parte dell'Unione europea e della Comunità internazionale, è Regione ad autonomia speciale, fondata sui principi della Costituzione nata dai valori della Resistenza e dal ripudio del fascismo.
2. La Regione Sicilia comprende i territori delle città metropolitane di Catania, Messina e Palermo e dei liberi consorzi comunali di Agrigento, Caltanissetta, Enna, Ragusa, Siracusa e Trapani, salvo quanto stabilito all'art. 68 del presente Statuto.
3. Ha per capoluogo Palermo, dove ha sede la Presidenza della Regione e si riuniscono di norma l'Assemblea regionale e il Governo regionale.
4. Ha tre simboli ufficiali: la bandiera, il gonfalone e lo stemma, adottati con legge regionale.

♦ *L'idea di porre mano alla riscrittura dello Statuto della Regione siciliana è stata del Prof. Antonio Ruggeri, Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina, che l'ha quindi sottoposta al Presidente dell'Assemblea Regionale Siciliana, on. Giovanni Ardizzone, e al Presidente dell'Ordine degli Avvocati, Avv. Vincenzo Ciraolo, ricevendone convinto incoraggiamento e vigoroso sostegno.*

Hanno generosamente offerto la loro disponibilità a collaborare alla redazione dell'articolato gli studiosi di Diritto Costituzionale delle Università siciliane, e segnatamente i Proff. Agatino Cariola, Emilio Castorina, Adriana Ciancio, Felice Giuffrè, Ida Nicotra, Francesco Paterniti, dell'Università di Catania; Salvatore Curreri, Roberto Di Maria e Fausto Vecchio, dell'Università "Kore" di Enna; Guido Rivosecchi, dell'Università "Lumsa" di Palermo; Stefano Agosta, Giacomo D'Amico, Giovanni Moschella, Maria Letteria Quattrocchi, Giusi Sorrenti, dell'Università di Messina; Marco Armano, Elisa Cavasino, Giuseppe Verde, dell'Università di Palermo. Ad essi si sono aggiunti i Proff. Alessandro Morelli e Simone Pajno, che pur non operando presso Università dell'Isola (rispettivamente, nell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro il primo, nell'Università di Sassari il secondo) sono siciliani per nascita e formazione culturale.

I docenti hanno elaborato in piena autonomia l'articolato, ciascuno per le disposizioni loro assegnate, secondo quanto risulta dalle note a piè di pagina contenute in corrispondenza dei Titoli dello Statuto, e ne hanno quindi illustrato i contenuti, sottoponendoli ad un fitto e proficuo dibattito che ha avuto luogo nel corso di due Giornate di studio svoltesi presso l'Università di Messina il 16 e 17 marzo 2017.

Di seguito, un Comitato di coordinamento – composto dai Proff. Antonio Ruggeri (Presidente), Giacomo D'Amico, Luigi D'Andrea e Giovanni Moschella, nonché dagli Avv. Agatino Bellomo e Antonio Lanfranchi del Foro di Messina e dalla dott.ssa Maria Ingraio, Capo di Gabinetto della Presidenza dell'ARS – ha proceduto alla riunificazione dei testi e ad interventi meramente formali sugli stessi.

L'elaborato, che – come ha tenuto a dichiarare il Prof. A. Ruggeri in sede di presentazione dell'iniziativa all'inizio delle Giornate suddette – vuol essere una testimonianza d'amore per la nostra terra e di servizio prestato alla Regione, è stato quindi consegnato al Presidente dell'ARS, on. Giovanni Ardizzone.

** A cura di Giusi Sorrenti.

Art. 2

Principi e programmi qualificanti della Regione

1. La Regione Sicilia, per la posizione strategica occupata nel Mediterraneo sede nei secoli di molteplici genti, riconosce nell'incontro tra civiltà diverse una fonte preziosa di arricchimento materiale e spirituale, opera per assicurare l'armonica convivenza di differenti culture e promuove l'amicizia e il valore della pace tra i popoli.

2. Ispirandosi ai principi di civiltà cristiana e alle tradizioni di laicità, di libertà di scienza e di pensiero, contrasta pregiudizi e discriminazioni legate all'appartenenza etnica e ripudia ogni manifestazione di xenofobia; opera per la realizzazione di una comunità accogliente, tollerante e solidale.

3. Conformata la propria attività ai principi di legalità, stato di diritto, democrazia, giustizia sociale, centralità e pieno sviluppo della persona. In particolare, riconosce la persona umana come fondamento della comunità regionale e ispira ogni azione alla salvaguardia della sua dignità mediante la tutela dei diritti inalienabili dell'uomo e la cura dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.

4. Favorisce l'autogoverno delle persone residenti nel territorio della Regione e ne persegue il benessere, la sicurezza e il soddisfacimento dei bisogni essenziali, uniformandosi ai principi della Costituzione e alle Carte internazionali e sovranazionali dei diritti.

5. Esercita la propria funzione di governo in conformità al principio di sussidiarietà, promuovendo il decentramento delle attribuzioni che non richiedono l'unitario esercizio a beneficio delle istituzioni più vicine ai cittadini, le quali ne assumono la responsabilità. Si raccorda costantemente con le iniziative dei cittadini, singoli e associati, delle formazioni sociali, degli enti civili e religiosi e delle varie forme di volontariato rivolte alla cura di interessi generali.

Art. 3

Territorio, tradizioni e identità regionali

1. La Regione riconosce nel territorio e nelle tradizioni regionali risorse da tramandare alle future generazioni e promuove, in particolare, l'insegnamento dell'idioma siciliano nelle scuole. Salvaguarda e valorizza, in conformità ai valori costituzionali, i diritti delle minoranze e le identità storiche, culturali e linguistiche presenti sul territorio.

2. Il territorio della Sicilia è un bene da proteggere e da valorizzare in ciascuna delle sue componenti, ambientale, paesaggistica, architettonica, storica e rurale, e nelle sue plurime vocazioni, culturali, turistiche e produttive. In particolare, l'equilibrio ecologico, la conservazione della biodiversità e la tutela del suolo contro il rischio idrogeologico sono perseguiti anche valutando l'impatto ambientale di qualsiasi opera o progetto.

Art. 4

Eguaglianza e valorizzazione delle differenze

1. La Regione riconosce e valorizza la differenza di genere nella vita sociale, culturale, economica e politica, assicurando pari opportunità tra le persone e favorendo altresì un'adeguata rappresentanza di genere nei livelli istituzionali e negli enti pubblici.
2. Opera per la prevenzione e il contrasto di tutte le forme di discriminazione in base al sesso e all'orientamento sessuale, le molestie, le violenze psico-fisiche e ogni forma di abuso nella vita privata, nei luoghi di lavoro, nella società e in tutte le formazioni sociali.
3. Avvia politiche di promozione alla vita attiva e di assistenza a favore delle persone anziane e, in genere, di ogni persona bisognosa.
4. Intraprende azioni per rendere effettivi i diritti delle persone in condizioni di disabilità.

Art. 5

Partecipazione, pubblicità e trasparenza

1. La Regione promuove la partecipazione dei cittadini, singoli o associati, e il partenariato con le forze sociali ed economiche per la formazione delle politiche e per l'esercizio delle funzioni legislative e amministrative.
2. Assicura a tal fine, con ogni mezzo, la più ampia e pluralistica informazione relativa alle sue attività. In particolare, riconosce e tutela il diritto delle persone residenti sul territorio a essere informate sulle condizioni e qualità dell'ambiente, sui rischi per la salute derivanti dall'esercizio di attività economiche o dall'esecuzione di opere pubbliche o private e, in generale, su ogni situazione di pericolo che possa loro derivare da attività incidenti sul territorio.
3. L'Assemblea regionale e il Governo regionale, nell'ambito delle loro attribuzioni, consultano le rappresentanze degli interessi sui testi normativi, sui provvedimenti amministrativi d'interesse generale e sugli atti di programmazione e valorizzano le iniziative autonome dei soggetti titolari di competenze diffuse nella comunità regionale.
4. La Regione, attraverso apposite iniziative culturali, mantiene legami con i siciliani residenti all'estero e ne promuove l'effettivo esercizio dei diritti politici.
5. Dà impulso alla semplificazione dell'attività amministrativa e garantisce il diritto di accesso agli atti e la partecipazione ai procedimenti, anche attraverso il più ampio ricorso alle tecnologie informatiche.

Art. 6

Cultura della legalità

1. La Regione promuove ogni iniziativa volta a favorire la cultura della legalità e la lotta alla delinquenza.

2. Concorre alla realizzazione di condizioni sociali, culturali ed economiche idonee ad assicurare il più efficace contrasto alle organizzazioni di stampo mafioso e il più ampio sostegno, anche economico, alle vittime della criminalità organizzata ed alle associazioni che la combattono.

Art. 7

Famiglia e unioni interpersonali

1. La Regione sostiene e incoraggia la formazione della famiglia e delle unioni interpersonali in genere, orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi.

2. Protegge la maternità e l'infanzia con politiche adeguate.

3. Favorisce il rispetto del diritto all'informazione e all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, senza discriminazioni, nel rispetto delle leggi statali.

Art. 8

Diritto al lavoro

1. La Regione adotta, nei limiti delle sue competenze, politiche attive volte ad assicurare le condizioni per il diritto al lavoro di tutti i cittadini e di tutti coloro che risiedono stabilmente nel suo territorio, con particolare riferimento alle esigenze ed alle aspirazioni dei giovani e con pari opportunità d'accesso per gli uomini e per le donne.

2. Compie azioni di contrasto all'economia sommersa e allo sfruttamento dei lavoratori e adotta misure tese a favorire la regolarizzazione dell'attività lavorativa.

3. Protegge la sicurezza dei luoghi di lavoro.

4. Promuove l'effettiva tutela dei diritti sociali delle lavoratrici e dei lavoratori nei casi di perdita del posto di lavoro, di maternità, di malattia, di infortuni e di vecchiaia, anche mediante la realizzazione e gestione di servizi regionali complementari a quelli statali.

5. Opera per garantire ai giovani in età lavorativa idonea protezione contro ogni lavoro che ne possa pregiudicare la salute e lo sviluppo psico-fisico o mettere a rischio il processo formativo.

Art. 9

Libertà d'impresa, programmazione economica e tutela dei consumatori

1. La Regione riconosce l'impresa, nelle sue diverse forme e nel rispetto dei limiti costituzionali, come fondamento del sistema economico e come strumento della promozione dello sviluppo territoriale; ne agevola l'attività in costante rapporto con le organizzazioni sindacali; incoraggia e promuove l'iniziativa economica privata, specie dei giovani.

2. Allo scopo di indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali e di assicurare lo sviluppo socio-economico del proprio territorio, assume la programmazione come metodo della propria attività; in coordinamento con la programmazione statale e avvalendosi della partecipazione degli enti locali, formula ed attua il programma regionale di sviluppo economico e i piani di intervento settoriale; adegua la propria organizzazione alle esigenze della programmazione.

3. Tutela il consumatore, promuovendo la pluralità dell'offerta e la sicurezza e qualità dei prodotti e assicurando la correttezza dell'informazione, anche in relazione alla loro origine. Favorisce lo sviluppo delle associazioni dei consumatori.

Art. 10

Diritto allo studio, ricerca e innovazione

1. La Regione garantisce il diritto allo studio, anche al fine di contrastare le nuove forme di analfabetismo, e promuove la valorizzazione del merito nello studio e nell'accesso al lavoro.

2. Riconosce il ruolo centrale e trainante della ricerca scientifica, dell'innovazione e dello sviluppo tecnologico per il perseguimento dei propri fini e programmi nei vari campi della vita economica e sociale; opera per valorizzarne il potenziale, in collaborazione con le università, i centri di ricerca, le comunità tecnico-scientifiche e professionali e, in genere, gli enti operanti sul territorio.

Art. 11

Destinatari e livelli dei diritti civili, politici e sociali

1. La Regione promuove l'effettiva estensione ad ogni persona dei diritti e dei doveri costituzionali, compreso il diritto di voto, per quanto compatibile con la Costituzione, e opera per il raggiungimento di livelli elevati delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

2. In particolare, promuove l'effettivo riconoscimento dei diritti sociali ed economici per gli immigrati, i profughi, i rifugiati e gli apolidi, al fine di assicurare il loro pieno inserimento nella comunità regionale e incoraggia la loro collaborazione attiva al progresso della stessa.

Art. 12

Diritto alla salute

1. La Regione tutela il diritto alla salute, come interesse fondamentale dei singoli e bene della collettività. In particolare, ogni malato ha il diritto a misure preventive, il diritto di accesso alle cure, il diritto al consenso libero e informato, il diritto alla libera scelta, il diritto alla privacy, il diritto a evitare sofferenze e dolore non necessari, il diritto ad un trattamento personalizzato, il diritto al reclamo e, nei limiti delle leggi vigenti, il diritto al risarcimento del danno.

Art. 13
Arte e cultura

1. La Regione promuove e sostiene la cultura, l'arte, la musica e lo sport; tutela i beni culturali e archeologici, assicurandone la fruibilità a tutti.

Art. 14
Beni comuni e patrimonio floro-faunistico

1. La Regione riconosce il carattere pubblico dell'acqua, anche a garanzia dei bisogni delle generazioni future; salvaguarda la salubrità dell'aria come bene essenziale; promuove lo sviluppo ed il più largo impiego dell'energia solare, di quella eolica e di tutte le altre forme di energia alternative ed ecosostenibili.

2. Favorisce il pieno rispetto e la cura delle piante e degli animali.

Art. 15
Rapporti con la Comunità internazionale e con l'Unione europea

1. La Regione coopera alla costruzione di un'area di sviluppo, pace, solidarietà e collaborazione fra i popoli e le istituzioni dei Paesi del Mediterraneo e sviluppa rapporti internazionali con Stati esteri, con altri soggetti di diritto internazionale pubblico ed enti territoriali interni ad altro Stato.

2. Concorre al processo di integrazione europea, nelle forme stabilite dalla Costituzione, impegnandosi a promuovere e a salvaguardare l'identità regionale anche in seno all'Unione europea e alla Comunità internazionale.

3. Sostiene, sia nell'ambito dei programmi dell'Unione europea che nelle altre forme normativamente previste, la cooperazione transfrontaliera e interna all'area europea, nell'interesse dello sviluppo delle attività politiche, economiche, sociali e culturali della comunità regionale.

4. Predisporre tutti gli strumenti e le competenze necessari ad avvalersi in modo efficiente dei fondi e dei progetti che l'Unione Europea destina al recupero delle aree geografiche svantaggiate.

Art. 16
Verifica dei diritti

1. La Regione verifica periodicamente lo stato di attuazione dei principi, dei programmi e dei diritti del presente titolo, adottando di conseguenza ogni iniziativa necessaria.

TITOLO II*
L'ORGANIZZAZIONE DELLA REGIONE

Art. 17
Organi della Regione

1. Sono organi della Regione: il Presidente della Regione, la Giunta regionale e l'Assemblea regionale. Il Presidente della Regione e la Giunta regionale costituiscono il Governo regionale.

SEZIONE I
IL PRESIDENTE DELLA REGIONE

Art. 18
La elezione del Presidente della Regione e la nomina degli assessori

1. Il Presidente della Regione, salvo che la legge regionale di cui al successivo comma 3 non disponga diversamente, è eletto a suffragio universale e diretto, con voto libero, uguale, personale e segreto, da tutti i cittadini che hanno compiuto la maggiore età e che risiedono nel territorio della Regione. La sua elezione, di norma, avviene contestualmente a quella dell'Assemblea regionale. Il Presidente assume le proprie funzioni all'atto della proclamazione.

2. Il Presidente nomina e revoca gli Assessori e designa tra di essi un Vicepresidente che lo sostituisce in caso di assenza o di impedimento. Gli Assessori sono responsabili nei confronti del Presidente.

3. In armonia con la Costituzione ed i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con l'osservanza di quanto stabilito dal presente Statuto, l'Assemblea regionale, con legge approvata a maggioranza dei suoi componenti, stabilisce le modalità di elezione del Presidente della Regione, di nomina e di revoca degli Assessori, i casi di scioglimento dell'Assemblea, le eventuali incompatibilità con l'ufficio di Deputato regionale e con la titolarità di altre cariche o uffici, nonché i rapporti tra l'Assemblea, la Giunta e il Presidente.

4. La carica di Presidente della Regione può essere ricoperta per non più di due mandati consecutivi.

Art. 19
Le attribuzioni del Presidente della Regione

1. Il Presidente è il Capo del Governo regionale e rappresenta la Regione. Rappresenta altresì nella Regione il Governo della Repubblica, che può tuttavia inviare temporaneamente propri commissari per l'esplicazione di singole funzioni statali.

* Le Sezioni da I a IV sono a cura di F. Giuffrè, G. Moschella, I. Nicotra, F. Paterniti; la V di E. Castorina e A. Ciancio.

2. Promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali. Indice i referendum previsti dallo Statuto. Esercita le altre funzioni che gli sono attribuite dalla Costituzione, dallo Statuto e dalle leggi.

3. In caso di discussione relativa a materie riguardanti la sfera di attribuzioni peculiari della Regione siciliana, il Presidente partecipa al Consiglio dei Ministri con il rango di Ministro e con voto deliberativo. Acquisita dal Presidente del Consiglio tempestiva ed adeguata informazione delle questioni oggetto di esame, il Presidente della Regione le porta a conoscenza dell'Assemblea regionale che può esprimere indicazioni in merito alla loro trattazione.

4. Il Presidente, previa deliberazione della Giunta, può porre la questione di fiducia sul progetto di legge di bilancio annuale e pluriennale, sugli atti ad essa collegati, sui progetti di legge relativi alla istituzione di tributi ed imposte regionali, nonché sugli atti di adempimento di provvedimenti dell'Unione europea o da adottare in ottemperanza di termini perentori previsti da leggi dello Stato. I provvedimenti oggetto della questione di fiducia sono approvati dall'Assemblea regionale con voto palese e per appello nominale. Il voto contrario della maggioranza assoluta dei Deputati regionali determina l'obbligo di dimissioni del Presidente della Regione e della Giunta e lo scioglimento dell'Assemblea.

5. Il Presidente, previa deliberazione della Giunta, può richiedere all'Assemblea che l'esame di un progetto di legge si effettui con il voto dei soli emendamenti proposti dal Governo regionale o che abbiano ricevuto dallo stesso il parere favorevole.

6. Può proporre alla Giunta di deliberare che una proposta di legge è fondamentale per la realizzazione del programma di governo affinché l'Assemblea possa discuterla e deliberarla entro sessanta giorni dalla presentazione.

SEZIONE II **LA GIUNTA REGIONALE**

Art. 20 ***La composizione della Giunta***

1. La Giunta regionale è composta dal Presidente della Regione e dagli Assessori. Il numero complessivo degli Assessori non può essere superiore a dodici. Nella composizione della Giunta è garantita una equilibrata rappresentanza di entrambi i generi.

2. Il Presidente, entro i dieci giorni successivi alla sua proclamazione, nomina i componenti della Giunta cui attribuisce specifiche competenze.

3. Il Vicepresidente, scelto tra i componenti dell'Assemblea regionale, sostituisce il Presidente in caso di assenza o di impedimento temporaneo e, nei casi previsti dallo Statuto, adotta gli atti di ordinaria amministrazione fino alla proclamazione del nuovo Presidente. Gli altri componenti della Giunta possono essere scelti, nella misura massima di un terzo, anche tra cittadini non facenti parte dell'Assemblea regionale ma aventi i requisiti di eleggibilità alla carica di Deputato regionale e che non si trovino in condizioni di incandidabilità o incompatibilità secondo le previsioni delle vigenti leggi in materia.

4. Gli Assessori, prima di assumere le funzioni, giurano, dinanzi al Presidente della Regione, di esercitare il proprio compito nell'interesse supremo e inseparabile dell'Italia e della Sicilia. Fino al

giuramento degli Assessori il Presidente adotta gli atti di ordinaria amministrazione di competenza della Giunta e dei suoi componenti.

Art. 21

Il funzionamento della Giunta

1. Il Presidente della Regione indirizza la politica generale del Governo regionale e ne è responsabile. Dirige i lavori della Giunta e impartisce direttive ai singoli Assessori.

2. La Giunta delibera alla presenza della maggioranza dei componenti e a maggioranza dei presenti. In caso di parità, prevale il voto del Presidente. Il Presidente vigila sull'attuazione delle deliberazioni della Giunta.

3. Il Presidente può affidare a uno o più Assessori compiti di coordinamento funzionale per gruppi di materie affini.

4. La Giunta adotta un proprio regolamento interno che viene pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Sicilia.

Art. 22

Le competenze della Giunta

1. La Giunta regionale, nel rispetto delle direttive impartite dal Presidente della Regione che individua e propone gli obiettivi e le priorità politiche, definisce e realizza il programma di governo.

2. Compete alla Giunta:

- a) collaborare con il Presidente nell'esercizio delle sue funzioni;
- b) deliberare i progetti di legge e le proposte di provvedimento da presentare all'Assemblea;
- c) deliberare, su richiesta del Presidente, che un progetto di legge sia fondamentale per la realizzazione del programma di governo affinché l'Assemblea possa discuterla e deliberarla entro sessanta giorni dalla presentazione;
- d) deliberare, su proposta del Presidente, di porre la questione di fiducia di cui all'art. 19, nonché di richiedere che in sede di esame assembleare su un progetto di legge possa procedersi con il voto dei soli emendamenti proposti dal Governo regionale o che abbiano ricevuto dallo stesso il parere favorevole;
- e) deliberare i regolamenti, nei limiti e nelle forme previste dallo Statuto e dalle leggi regionali;
- f) attuare le leggi, le decisioni e gli indirizzi approvati dall'Assemblea;
- g) predisporre il bilancio preventivo ed il conto consuntivo della Regione;
- h) predisporre gli atti regionali di programmazione e di pianificazione economica, territoriale e ambientale;
- i) adottare i provvedimenti per realizzare i programmi concernenti l'esecuzione di opere pubbliche e l'organizzazione di servizi pubblici;
- j) indirizzare e coordinare l'attività degli uffici regionali ed adottare atti generali relativi al personale, ad eccezione degli uffici e del personale dell'Assemblea;
- k) gestire il bilancio, amministrare il patrimonio e il demanio della Regione e deliberare sui contratti nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge;

- l) deliberare le variazioni di bilancio previste dall'ordinamento contabile regionale dandone tempestiva comunicazione all'Assemblea nelle forme e nei modi previsti dal regolamento;
- m) deliberare in materia di liti attive e passive, con possibile delega alla dirigenza;
- n) deliberare l'impugnazione di leggi e la promozione dei conflitti di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, anche su iniziativa dell'Assemblea regionale, dandone comunicazione all'Assemblea stessa nella prima seduta utile;
- o) deliberare le nomine e le designazioni che la legge le attribuisce, nel rispetto di quanto previsto dal terzo comma dell'art. 35, dandone immediata comunicazione all'Assemblea;
- p) adottare ogni altro provvedimento che lo Statuto e le leggi, nel rispetto delle competenze statutarie, non affidano alla competenza dell'Assemblea.

3. La Giunta, almeno ogni sei mesi, illustra all'Assemblea le iniziative assunte, le attività svolte e le decisioni, con particolare riguardo ad intese e accordi, raggiunte in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni o di Conferenza unificata.

Art. 23

La presentazione della Giunta e del programma di governo all'Assemblea regionale

1. Il Presidente, entro i dieci giorni successivi alla nomina degli Assessori, presenta all'Assemblea regionale la Giunta e illustra il programma di governo. Il programma deve indicare i tempi e i modi previsti per portare a compimento le singole misure in esso contemplate.
2. L'Assemblea discute il programma presentato dal Presidente e lo approva. L'Assemblea, con apposito atto di indirizzo, può indicare gli obiettivi ritenuti prioritari e le integrazioni che reputa utili.
3. Il voto contrario dell'Assemblea su una proposta del Presidente o della Giunta non comporta obbligo di dimissioni.

Art. 24

Variazioni della composizione della Giunta e delle funzioni attribuite agli Assessori

1. Il Presidente della Regione dà tempestiva comunicazione all'Assemblea regionale di ogni variazione della composizione della Giunta, anche in ordine alle competenze attribuite agli Assessori, e, se richiesto, ne riferisce all'Assemblea in apposita seduta.
2. Qualora la variazione della composizione della Giunta si rifletta sui contenuti del programma di governo, il Presidente, ai sensi del primo comma dell'art. 23, illustra all'Assemblea gli eventuali aggiornamenti al programma di governo. In questo caso l'Assemblea procede ai sensi del secondo comma dell'art. 23.

Art. 25

La verifica del programma di governo

1. Il Presidente della Regione, entro il 31 gennaio di ogni anno, relaziona all'Assemblea regionale circa lo stato di avanzamento del programma di governo, dando conto anche delle eventuali modifiche

o integrazioni legate ad eventualità sopravvenute. A tal fine, presenta il rendiconto politico di quanto realizzato nell'anno precedente unitamente al prospetto strategico delle azioni che si intendono realizzare nell'anno in corso. Tali documenti vengono inoltrati anche alla Conferenza permanente Regione-enti locali, di cui all'art. 59 del presente Statuto, ed alle rappresentanze istituzionali delle categorie sociali e produttive.

2. L'Assemblea discute la relazione presentata dal Presidente. Il dibattito può concludersi con la formulazione di osservazioni in merito al rendiconto politico e l'approvazione di appositi atti di indirizzo in ordine al prospetto strategico, nel rispetto di quanto previsto nel regolamento interno dell'Assemblea. Tale dibattito può essere avviato, anche nel corso dell'anno, a seguito della presentazione di atti ispettivi, di indirizzo o di controllo relativi a singoli punti del programma.

3. La Conferenza permanente Regione-enti locali e le rappresentanze istituzionali delle categorie sociali e produttive possono inviare al Presidente della Regione e all'Assemblea osservazioni e proposte.

Art. 26

Le censure nei riguardi degli Assessori

1. L'Assemblea regionale può esprimere censura nei confronti di uno o più Assessori mediante un atto motivato, discusso e approvato secondo le disposizioni del Regolamento interno.

2. Il Presidente della Regione comunica entro dieci giorni all'Assemblea le proprie decisioni conseguenti all'approvazione della censura.

SEZIONE III

L'ASSEMBLEA REGIONALE

Art. 27

La elezione e la composizione

1. L'Assemblea regionale, organo legislativo della Regione, è eletta a suffragio universale e diretto, con voto libero, uguale, personale e segreto, da tutti i cittadini che hanno compiuto la maggiore età e che risiedono nel territorio della Regione.

2. L'Assemblea è costituita da settanta Deputati, tra cui il Presidente della Regione.

3. L'Assemblea è eletta per cinque anni. Il quinquennio decorre dalla data delle elezioni.

4. Le norme sulla composizione, l'elezione, le cause di ineleggibilità, di incompatibilità, di decadenza dei Deputati, sono stabilite con legge regionale in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con l'osservanza di quanto stabilito dal presente Statuto. Al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei generi, la medesima legge promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali.

5. Le elezioni della nuova Assemblea hanno luogo entro novanta giorni dalla cessazione della precedente. Sono indette dal Presidente della Regione e devono svolgersi a decorrere dalla quarta domenica potranno aver luogo a decorrere dalla quarta domenica precedente e non oltre la seconda

domenica successiva al compimento del periodo di cui al terzo comma. Il decreto di indizione delle elezioni deve essere pubblicato non oltre il quarantacinquesimo giorno antecedente la data stabilita per la votazione.

6. Fino all'insediamento della nuova Assemblea sono prorogati i poteri della precedente.

Art. 28 ***L'organizzazione***

1. Sono organi dell'Assemblea regionale:

- a) il Presidente;
- b) l'Ufficio di Presidenza;
- c) la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi assembleari;
- d) le Giunte e le Commissioni assembleari.

2. L'Assemblea elegge nel suo seno due Vicepresidenti e due Segretari con le modalità stabilite dal regolamento, in modo tale da assicurare la rappresentanza delle minoranze. L'Assemblea tiene la sua prima riunione secondo le modalità stabilite nel proprio regolamento¹.

3. I Gruppi assembleari sono articolazioni organizzative dell'Assemblea.

4. L'Assemblea approva a maggioranza dei suoi componenti il regolamento interno che, tra le altre materie, disciplina:

- a) le attribuzioni del Presidente dell'Assemblea e dell'Ufficio di Presidenza;
- b) la costituzione e il funzionamento degli organi assembleari;
- c) le modalità di convocazione e di svolgimento dei lavori dell'Assemblea regionale, delle Commissioni e delle Giunte;
- d) le procedure per l'esame e l'approvazione degli atti di competenza dell'Assemblea regionale;
- e) le forme di garanzia per le minoranze assembleari ai fini della loro partecipazione alle attività dell'Assemblea, con particolare riferimento allo svolgimento delle funzioni di vigilanza e controllo.

Art. 29 ***Il Presidente dell'Assemblea regionale***

1. Il Presidente rappresenta l'Assemblea, la convoca, la presiede e ne dirige i lavori, dichiara l'improcedibilità delle proposte degli atti di competenza assembleare, tutela le prerogative dei Deputati regionali.

2. Convoca e presiede l'Ufficio di Presidenza, composto secondo le modalità stabilite dal regolamento². Cura le relazioni dell'Assemblea con le istituzioni e gli organismi regionali, nazionali,

¹ Si suggerisce la seguente formulazione della disposizione regolamentare:

1. La prima seduta dell'Assemblea ha luogo entro i venti giorni dalla proclamazione degli eletti su convocazione del Deputato in carica più anziano di età. Finché non si è riunita la nuova Assemblea sono prorogati i poteri di quella uscente.

2. La presidenza provvisoria dell'Assemblea è assunta dal Deputato più anziano d'età; a parità di anzianità si procede a sorteggio. Le funzioni di Segretari vengono provvisoriamente svolte dai due Deputati più giovani di età.

3. L'Assemblea come primo atto procede alla elezione del Presidente e dell'Ufficio di Presidenza.

² Si propone di inserire le seguenti disposizioni nel regolamento:

europei e internazionali. Rappresenta l'Assemblea regionale in giudizio per la tutela delle prerogative dei Deputati regionali e per gli atti rientranti nell'autonomia organizzativa dell'Assemblea. Esercita le altre funzioni ad esso attribuite dallo Statuto, dal regolamento e dalle leggi.

3. L'elezione del Presidente dell'Assemblea regionale ha luogo a scrutinio segreto. Nei primi due scrutini è eletto Presidente il Deputato che ottiene la maggioranza dei tre quinti dei voti dei componenti l'Assemblea. Al terzo scrutinio è richiesta la maggioranza dei voti dei componenti l'Assemblea. Al quarto scrutinio, se nessun candidato ottiene tale maggioranza, si procede ad una votazione di ballottaggio fra i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti. All'esito di tale votazione, in caso di parità, si procede al sorteggio.

4. Il Presidente resta in carica per l'intera legislatura.

Art. 30 ***I Deputati regionali***

1. Lo status di Deputato regionale si acquisisce al momento della proclamazione. I Deputati entrano nell'esercizio delle proprie funzioni alla prima seduta dell'Assemblea.

2. I Deputati, prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni, prestano nell'Assemblea il giuramento di esercitarle nell'interesse inseparabile dell'Italia e della Regione.

3. I Deputati rappresentano l'intera Regione ed esercitano le proprie funzioni senza vincolo di mandato.

4. Non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

5. Presentano progetti di legge, interrogazioni, interpellanze, mozioni, ordini del giorno e proposte di deliberazione.

6. I Deputati hanno diritto di ottenere, ai fini dell'espletamento del loro mandato e secondo le modalità stabilite dal regolamento interno dell'Assemblea, le informazioni, i dati, i documenti e i provvedimenti, compresi gli atti in essi richiamati, connessi con l'attività della Regione. Il diritto di accesso si esercita mediante la visione e l'estrazione di copia di atti nei confronti dei seguenti soggetti od organi:

- a) Giunta regionale;
- b) uffici della Regione;
- c) enti costituiti, controllati, dipendenti o partecipati, anche non direttamente, dalla Regione;
- d) agenzie, aziende, società e fondazioni costituite, controllate, dipendenti o partecipate, anche non direttamente, dalla Regione;
- e) concessionari di pubblici servizi regionali;

1. L'Ufficio di Presidenza, composto dal Presidente, da due Vicepresidenti e da due Segretari, coadiuva il Presidente nell'esercizio delle sue funzioni e svolge gli altri compiti attribuiti dal regolamento interno.

2. Per l'elezione dei Vicepresidenti e dei Segretari ciascun Deputato vota un solo nome. Risultano eletti coloro che hanno riportato il maggior numero di voti; in caso di parità risulta eletto Vicepresidente il più anziano di età e Segretario il più giovane di età.

3. L'Ufficio di Presidenza resta in carica l'intera legislatura.

f) enti, agenzie, aziende, società e fondazioni che svolgono attività o funzioni nelle materie di competenza regionale sottoposti alla vigilanza o al controllo della Regione.

7. I Deputati hanno facoltà di esercitare il diritto di accesso anche sugli atti e documenti che in base alla legge sono qualificati come riservati, fermo restando l'obbligo di mantenere la riservatezza.

8. Le indennità dei Deputati sono stabilite con legge regionale e comunque non possono essere superiori a quelle spettanti al Sindaco del Comune capoluogo di Regione.

9. L'ufficio di Deputato regionale è incompatibile con quello di componente del Governo della Repubblica, di membro di una delle Camere del Parlamento nazionale, di un Consiglio regionale ovvero del Parlamento europeo.

Art. 31 ***I Gruppi assembleari***

1. Tutti i Deputati regionali devono appartenere ad un Gruppo assembleare, secondo le norme del regolamento.

2. I Gruppi sono composti da almeno cinque Deputati. L'Ufficio di Presidenza può autorizzare la costituzione di Gruppi composti da non meno di tre Deputati, nel rispetto del regolamento e comunque nel caso in cui tali Gruppi siano espressione di liste che all'ultima consultazione elettorale per il rinnovo dell'Assemblea abbiano raccolto un significativo consenso elettorale.

3. Ogni Gruppo elegge un Presidente che lo dirige al fine dell'espletamento dell'attività istituzionale in seno all'Assemblea, fatta comunque salva la libertà organizzativa per lo svolgimento dell'attività politica di pertinenza del Gruppo stesso, così come disciplinata dalle leggi regionali.

4. L'Assemblea assicura ai singoli Gruppi la disponibilità di strutture e personale e assegna loro contributi a carico del proprio bilancio.

5. La composizione e il funzionamento della Conferenza dei Presidenti dei Gruppi assembleari sono disciplinati dal regolamento dell'Assemblea³.

Art. 32 ***Sessioni ordinarie, straordinarie e convocazione d'urgenza dell'Assemblea regionale***

1. Le modalità di convocazione dell'Assemblea in sessione ordinaria, straordinaria o d'urgenza, nonché la programmazione dei lavori e la definizione dell'ordine del giorno sono disciplinate dal regolamento⁴.

³ Si propone la seguente formulazione nel regolamento dell'Assemblea:

1. La Conferenza dei Presidenti dei Gruppi assembleari è composta dal Presidente dell'Assemblea regionale e dai Presidenti dei singoli Gruppi. Quando è chiamata a definire la programmazione dei lavori dell'Assemblea regionale ha diritto di partecipare il Presidente della Regione o un Assessore da questi delegato.

⁴ Si propone di inserire nel regolamento le seguenti disposizioni:

1. L'Assemblea è convocata dal suo Presidente in sessione ordinaria nella prima settimana di ogni bimestre.

Art. 33

Le attribuzioni dell'Assemblea regionale

1. L'Assemblea discute e approva il programma presentato dal Presidente della Regione, ai sensi dell'art. 23 del presente Statuto.
2. Analizza e discute i documenti presentati dal Presidente della Regione ai sensi dell'art. 25, comma 1. Può formulare osservazioni sul rendiconto politico e approvare apposite risoluzioni in ordine al prospetto strategico, nel rispetto di quanto previsto nel regolamento interno.
3. È titolare della potestà legislativa di competenza della Regione e la esercita nelle forme e nei modi stabiliti dalla Costituzione, dallo Statuto e dal regolamento interno.
4. Può formulare proposte di legge al Parlamento nazionale su materie di interesse per la Sicilia.
5. Svolge la funzione di indirizzo e di controllo sull'attività della Giunta.
6. Esercita la funzione di controllo sulle politiche regionali, ne valuta l'impatto e gli effetti e verifica il raggiungimento dei risultati previsti. La legge prevede i criteri di valutazione dell'attività politica della Regione.
7. Al fine di assicurare un rapporto costante con i soggetti nominati o designati dalla Regione o da enti, agenzie, aziende, società e fondazioni ove istituite, controllate, dipendenti o partecipate, anche non direttamente, dalla Regione, l'Assemblea si avvale della facoltà di audizione dei soggetti nominati e dei designati tramite le Commissioni permanenti e speciali.
8. Elegge nel proprio seno tre delegati della Regione, di cui almeno uno espressione delle minoranze, per l'elezione del Presidente della Repubblica.
9. Svolge le altre funzioni conferitele dalla Costituzione, dallo Statuto e dalle leggi.

Art. 34

L'autonomia funzionale e contabile dell'Assemblea regionale

1. L'Assemblea, nell'esercizio delle sue funzioni e nell'espletamento delle sue attività, ha autonomia funzionale, finanziaria, contabile, organizzativa, patrimoniale e negoziale.
2. Il bilancio e il rendiconto dell'Assemblea sono deliberati dall'Ufficio di Presidenza, approvati dall'Assemblea e allegati al bilancio e al rendiconto della Regione.

2. L'Assemblea si riunisce in sessione straordinaria su convocazione del suo Presidente ogni qualvolta ne facciano richiesta il Presidente della Regione o quindici Deputati regionali. La seduta ha luogo entro quindici giorni dalla data in cui la richiesta è pervenuta alla Presidenza dell'Assemblea.

3. In casi di particolare necessità e urgenza, l'Assemblea può essere convocata dal suo Presidente, ventiquattro ore prima della seduta, con l'indicazione dell'oggetto in discussione, secondo le modalità previste dal presente regolamento.

4. Le convocazioni e l'organizzazione dei lavori dell'Assemblea sono disciplinate secondo le modalità indicate dal presente regolamento.

Art. 35 *Le Commissioni assembleari*⁵

5. La programmazione dei lavori dell'Assemblea viene svolta con cadenza almeno trimestrale dalla Conferenza dei Presidenti dei Gruppi assembleari, nel rispetto di quanto stabilito dallo Statuto e dal presente regolamento.

6. La programmazione tiene in considerazione le priorità indicate dal Governo regionale e garantisce il rispetto delle prerogative riconosciute dallo Statuto e dal presente regolamento a tutela delle minoranze.

7. Il Presidente dell'Assemblea, al momento della convocazione dell'Assemblea stessa, stabilisce l'ordine del giorno nel rispetto di quanto deliberato in sede di programmazione dei lavori.

⁵ MODIFICHE DEL REGOLAMENTO INTERNO DELL'ASSEMBLEA REGIONALE

Al fine di assicurare un adeguato svolgimento alle previsioni di cui all'art. 35 dello Statuto, in materia di Commissioni assembleari, il regolamento interno dell'Assemblea è aggiornato con l'inserimento delle seguenti previsioni:

Art. 1

Il funzionamento delle Commissioni assembleari e i rapporti con la Giunta

1. Il Presidente della Regione o un Assessore da lui delegato ha facoltà di partecipare ai lavori delle Commissioni.

2. Le Commissioni, qualora non partecipino a tali lavori né il Presidente della Regione né alcun Assessore delegato a rappresentarlo, hanno facoltà di richiedere l'intervento di un componente della Giunta.

3. Le Commissioni hanno altresì facoltà di richiedere l'intervento dei titolari degli uffici dell'Amministrazione regionale e degli amministratori e dei dirigenti degli enti e delle aziende dipendenti dalla Regione per sentirli sulle materie e sugli atti di loro competenza.

4. Le Commissioni presentano le loro conclusioni con un'unica relazione oppure con una relazione di maggioranza e una o più relazioni di minoranza.

Art. 2

La Commissione permanente programmazione e bilancio

1. La Commissione permanente programmazione e bilancio esamina, in sede referente, le leggi di bilancio e gli atti di programmazione economico-finanziaria, che sono anche esaminati in sede consultiva dalle altre Commissioni secondo la loro competenza.

2. La Commissione esamina altresì in sede consultiva i progetti di legge che comportano impegni di spesa a carico del bilancio regionale, al fine di valutarne la coerenza con gli strumenti di programmazione economico-finanziaria e con il bilancio; inoltre ha facoltà di segnalare esigenze di aggiornamento di tali strumenti.

3. La Commissione soprintende, secondo le modalità stabilite dal regolamento e dalla legge, alle funzioni di controllo interno e riferisce all'Assemblea.

Art. 3

La Giunta per il regolamento

1. In seno all'Assemblea è istituita la Giunta per il regolamento. Nella composizione della Giunta è assicurato l'equilibrio fra gli appartenenti ai Gruppi assembleari di maggioranza e di opposizione garantendo comunque la presenza di tutti i Gruppi.

2. La Giunta per il regolamento elabora proposte relative al regolamento; esprime pareri sulle interpretazioni dello stesso, dirime i conflitti di competenza tra le commissioni.

Art. 4

La Giunta per le elezioni, le ineleggibilità, le incompatibilità e l'insindacabilità

1. In seno all'Assemblea è istituita la Giunta per le elezioni, le ineleggibilità, le incompatibilità e l'insindacabilità. Nella composizione della Giunta è assicurato l'equilibrio fra gli appartenenti ai Gruppi assembleari di maggioranza e di opposizione garantendo comunque la presenza di tutti i Gruppi.

1. L'Assemblea istituisce, secondo le disposizioni del regolamento, Commissioni composte secondo le designazioni dei Gruppi assembleari e in modo da rispecchiare la proporzione dei Gruppi stessi. Nella composizione delle Commissioni con funzioni di garanzia o vigilanza è assicurato l'equilibrio fra gli appartenenti ai Gruppi assembleari di maggioranza e di minoranza garantendo comunque la presenza di tutti i Gruppi.

2. I membri della Giunta non possono presiedere le Commissioni assembleari.

3. Le Commissioni permanenti sono costituite per l'esame preventivo di progetti di legge, ivi comprese le leggi di bilancio, gli atti di programmazione economico-finanziaria ed i progetti di legge che comportano impegni di spesa a carico del bilancio regionale. Alle Commissioni può essere demandato l'esame preventivo di deliberazioni di competenza dell'Assemblea. Svolgono la loro attività in sede referente e redigente, secondo le disposizioni del regolamento. Si riuniscono inoltre per esprimere pareri, anche sui criteri di carattere generale in base ai quali la Giunta o il suo Presidente provvedono alle nomine di loro competenza, per ascoltare e discutere le comunicazioni della Giunta, nonché per esercitare le funzioni di indirizzo e di controllo.

4. Le Commissioni permanenti, previa autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea, possono svolgere indagini conoscitive su argomenti ritenuti di particolare interesse per l'attività della Regione. A tale fine possono essere istituite Commissioni speciali.

5. Su materie di pubblico interesse regionale possono essere istituite Commissioni di inchiesta, alle quali i titolari degli uffici della Regione, di enti e aziende da essa dipendenti hanno l'obbligo di fornire tutti i dati e le informazioni necessarie, senza vincolo di segreto d'ufficio.

6. Il regolamento stabilisce le modalità di funzionamento e le forme di pubblicità dei lavori delle Commissioni.

7. Le Commissioni speciali di cui al quarto comma e le Commissioni di inchiesta di cui al quinto comma sono presiedute da un Deputato di minoranza.

2. La Giunta riferisce all'Assemblea sulle operazioni elettorali, sui titoli di ammissione dei Deputati regionali, sulle cause di ineleggibilità e di incompatibilità previste dalla legge e formula le proposte di convalida, annullamento o decadenza. I provvedimenti sono adottati con deliberazione dell'Assemblea.

3. La Giunta riferisce all'Assemblea sulla sussistenza del presupposto dell'insindacabilità. I provvedimenti sono adottati con deliberazione dell'Assemblea.

4. La presidenza della Giunta è attribuita ad un Deputato espresso dalle minoranze.

Art. 5

Commissione consultiva per le nomine

1. La Commissione consultiva per le nomine, di cui fanno parte Deputati rappresentanti di tutti i Gruppi assembleari in relazione alla loro consistenza, secondo modalità previste nel regolamento, viene consultata dal Presidente della Regione sui criteri di carattere generale in base ai quali la Giunta o il suo Presidente provvedono alle nomine di loro competenza negli enti e negli organismi cui la Regione partecipa.

2. Le nomine e le designazioni effettuate dal Presidente della Regione e dalla Giunta sono comunicate entro dieci giorni all'Assemblea.

3. Per le nomine di competenza dell'Assemblea, spetta alla Commissione consultiva per le nomine il compito di verificare la rispondenza dei requisiti personali dei candidati rispetto a quanto previsto dalla normativa di riferimento.

Art. 36

L'Assemblea regionale e l'Unione Europea

1. L'Assemblea dedica una apposita sessione europea con cadenza annuale all'esame delle questioni relative alla definizione delle politiche e all'adozione degli atti normativi dell'Unione europea. Adegua periodicamente la propria normativa all'ordinamento dell'Unione europea con legge eurounitaria regionale.

Art. 37

La validità e pubblicità delle sedute e delle deliberazioni

1. L'Assemblea delibera con la presenza di almeno la metà più uno dei Deputati in carica, di norma con voto palese e a maggioranza dei presenti, salvo diversa previsione dello Statuto o del regolamento.

2. Le sedute dell'Assemblea sono pubbliche, salvo i casi previsti dal regolamento.

SEZIONE IV

**LA CESSAZIONE ANTICIPATA DALLA CARICA DEL PRESIDENTE DELLA REGIONE
E LA CESSAZIONE DELLA GIUNTA E DELL'ASSEMBLEA**

Art. 38

La mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Regione

1. L'Assemblea può esprimere la sfiducia nei confronti del Presidente della Regione con apposita mozione.

2. La mozione di sfiducia, sottoscritta da almeno un quinto dei componenti dell'Assemblea, è posta in votazione non prima di tre giorni e non oltre quindici giorni dalla presentazione, secondo le norme del regolamento interno. Tale mozione, votata con voto palese, se approvata dalla maggioranza dei componenti dell'Assemblea comporta l'obbligo di dimissioni del Presidente della Regione e degli Assessori e il contestuale scioglimento dell'Assemblea.

3. Qualora manchino non meno di diciotto mesi alla conclusione della legislatura può essere presentata una mozione di sfiducia propositiva, sottoscritta da almeno un terzo dei componenti dell'Assemblea, con l'indicazione anche di un nuovo candidato alla carica di Presidente della Regione, secondo le norme del regolamento interno. Tale mozione, votata con voto palese, se approvata dalla maggioranza dei componenti dell'Assemblea, comporta l'obbligo di dimissioni del Presidente della Regione e degli Assessori.

4. Entro i quarantacinque giorni successivi all'approvazione della mozione di sfiducia propositiva il candidato alla carica di Presidente della Regione proposto dall'Assemblea viene sottoposto al voto degli elettori della Regione.

5. Il candidato è eletto Presidente della Regione qualora riceva la maggioranza dei voti validamente espressi dagli elettori regionali ed esercita le sue funzioni fino allo scioglimento dell'Assemblea in carica.

6. Non può essere presentata mozione di sfiducia propositiva nei confronti del Presidente della Regione eletto a seguito di analoga mozione approvata nel corso della medesima legislatura.

7. Nel caso in cui il candidato non venga eletto si procede all'immediato scioglimento dell'Assemblea e, entro i due mesi successivi, a nuove elezioni del Presidente della Regione e dell'Assemblea.

Art. 39

Casi di scioglimento anticipato dell'Assemblea regionale

1. L'Assemblea va incontro a scioglimento anticipato, prima della sua naturale scadenza di cui all'art. 27, comma 3, nei seguenti casi:

- a) persistente violazione dello Statuto;
- b) ragioni di sicurezza nazionale;
- c) rimozione del Presidente della Regione che abbia compiuto atti contrari alla Costituzione e al presente Statuto o si sia reso responsabile di reiterate e gravi violazioni di legge;
- d) dimissioni volontarie, impedimento permanente o morte del Presidente della Regione;
- e) dimissioni contestuali della metà più uno dei Deputati regionali;
- f) approvazione, a maggioranza dei componenti dell'Assemblea, di una mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Regione ai sensi dell'art. 38, comma 2, dello Statuto;
- g) non elezione del candidato alla carica di Presidente della Regione individuato a seguito dell'approvazione, a maggioranza dei componenti dell'Assemblea, di una mozione di sfiducia propositiva nei confronti del Presidente della Regione ai sensi dell'art. 38, comma 7, dello Statuto;
- h) voto contrario dell'Assemblea, a maggioranza dei componenti, su un progetto o su un atto sul quale il Presidente della Regione ha posto la questione di fiducia ai sensi dell'art. 19, comma 5, dello Statuto.

Art. 40

Procedure di scioglimento anticipato dell'Assemblea

1. Il Governo nazionale, ove riscontri la esistenza di uno dei casi di cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 39, avanza al Presidente della Repubblica proposta di scioglimento dell'Assemblea.

2. Lo scioglimento è disposto con decreto motivato del Presidente della Repubblica previa deliberazione delle Camere.

3. L'ordinaria amministrazione della Regione, nei casi di cui al comma precedente, è affidata ad una Commissione straordinaria di tre membri, nominata dal Governo nazionale su designazione delle Camere. Tale Commissione indice le nuove elezioni per il Presidente della Regione e per il rinnovo dell'Assemblea nel termine di novanta giorni.

Art. 41***Le dimissioni volontarie, l'impedimento permanente e la morte del Presidente della Regione***

1. Le dimissioni volontarie, l'impedimento permanente o la morte del Presidente della Regione determinano l'obbligo delle dimissioni della Giunta e lo scioglimento anticipato dell'Assemblea, secondo modalità determinate con legge approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea.

2. Il Presidente della Regione formalizza le sue dimissioni volontarie con una comunicazione indirizzata al Presidente dell'Assemblea che, entro i successivi quindici giorni, convoca apposita seduta dell'Assemblea. In tale occasione, il Presidente della Regione illustra i motivi delle dimissioni all'Assemblea che, con una mozione votata dalla maggioranza dei suoi componenti, può invitare il Presidente a ritirare le dimissioni. Qualora al termine della seduta dell'Assemblea il Presidente confermi le sue dimissioni, queste acquistano efficacia.

3. L'impedimento permanente del Presidente della Regione viene accertato con apposito atto adottato congiuntamente dal Vicepresidente della Giunta e dal Presidente dell'Assemblea.

4. Il Vicepresidente e la Giunta, nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 3, adottano gli atti di ordinaria amministrazione fino alla proclamazione del nuovo Presidente.

Art. 42***Le dimissioni contestuali della metà più uno dei Deputati regionali***

1. Le contestuali dimissioni della metà più uno dei Deputati determinano la conclusione anticipata della legislatura dell'Assemblea e il conseguente obbligo di dimissioni del Presidente della Regione e della Giunta, secondo modalità determinate con legge regionale, approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea. Si considerano contestuali le dimissioni dei Deputati regionali comunicate al Presidente dell'Assemblea entro i sette giorni successivi alla prima comunicazione di dimissioni.

2. Fino alla proclamazione del nuovo Presidente della Regione, il Presidente uscente, la Giunta e gli Assessori possono compiere atti di ordinaria amministrazione.

SEZIONE V**GLI ISTITUTI DI PARTECIPAZIONE POPOLARE****ART. 43*****La partecipazione popolare e la trasparenza***

1. In aderenza all'art. 5 dello Statuto e conformemente al principio costituzionale democratico, la Regione promuove la partecipazione dei singoli e dei soggetti sociali organizzati all'esercizio della funzione legislativa e amministrativa; garantisce la trasparenza dell'attività dei propri organi e uffici, nonché degli organismi da essa dipendenti, controllati e partecipati. La Regione, al fine di rendere effettiva la partecipazione popolare e la trasparenza, assicura la più ampia informazione da parte delle sue istituzioni, la pubblicità degli atti e il diritto di accesso. Un Difensore civico, istituito e regolato con legge regionale approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea, vigila sull'osservanza di quanto prescritto nel presente articolo.

2. La partecipazione si attua mediante: l'iniziativa legislativa popolare e dei Comuni; la petizione; gli istituti di consultazione; i referendum.

Art. 44

L'iniziativa legislativa popolare e dei Comuni

1. L'iniziativa legislativa popolare si esercita mediante la presentazione di un progetto di legge sottoscritto da almeno diecimila cittadini iscritti nelle liste elettorali dei Comuni della Regione, redatto in articoli e accompagnato da una relazione che ne illustri i contenuti normativi e le finalità.

2. Progetti di legge possono essere presentati all'Assemblea anche dai Consigli dei Comuni della Regione, che, soli o congiuntamente, rappresentino almeno un decimo della popolazione regionale.

3. Con legge regionale sono disciplinate le modalità di presentazione dei progetti di legge di iniziativa popolare e comunale.

4. L'Assemblea delibera in via definitiva sui progetti di legge di iniziativa popolare e comunale entro un anno dalla presentazione.

5. I progetti di legge di iniziativa popolare non decadono con la fine della legislatura.

Art. 45

Il diritto di petizione

1. Tutte le persone fisiche e giuridiche, aventi legale residenza o sede sociale sul territorio regionale, hanno il diritto di rivolgere, in forma individuale o associata, petizioni agli organi di governo della Regione per esporre comuni necessità o richiedere provvedimenti su materie di competenza regionale. Le modalità di presentazione delle petizioni, che può avvenire anche in via telematica, sono stabilite da ciascun organo con proprio regolamento.

2. Gli organi richiesti hanno l'obbligo di esaminare le petizioni e di fornire ai richiedenti risposta scritta entro tre mesi.

Art. 46

Gli istituti di consultazione

1. L'Assemblea e la Giunta, nei procedimenti che si svolgono dinanzi ad esse, garantiscono la più ampia partecipazione degli enti locali, degli ordini e delle rappresentanze degli interessi professionali, delle parti economiche e sociali, delle Università, delle istituzioni di volontariato e culturali, delle associazioni esponenziali di interessi di carattere generale e di ogni altra formazione sociale.

2. A questo fine, l'Assemblea e la Giunta, in occasione dell'adozione degli atti di carattere generale, prevedono adeguate forme di consultazione degli enti esponenziali di interessi organizzati e delle formazioni intermedie di cui al comma 1, in relazione ad aspetti dell'attività della Regione,

che presentano rilevanza nei loro rispettivi ambiti di interesse. I tempi e le modalità di tali consultazioni sono disciplinati dall'Assemblea e dalla Giunta con proprie norme regolamentari.

3. Le Commissioni dell'Assemblea in sede legislativa e consultiva, se richieste, hanno l'obbligo di sentire gli enti esponenziali di interessi organizzati e le formazioni intermedie di cui al comma 1.

4. La consultazione degli enti esponenziali di interessi organizzati e delle formazioni intermedie di cui al comma 1 è sempre garantita in relazione all'elaborazione e all'attuazione della normativa e delle politiche europee che riguardano specificamente i loro rispettivi ambiti di interesse.

Art. 47

Il referendum abrogativo, propositivo e consultivo

1. Con legge approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea sono disciplinate le condizioni e le modalità di proposizione e di svolgimento del referendum abrogativo, propositivo e consultivo regionale.

2. Il referendum abrogativo è indetto per l'abrogazione totale o parziale di una legge regionale, di un regolamento o di un atto amministrativo di carattere generale, quando ne facciano istanza almeno cinquantamila cittadini iscritti nelle liste elettorali dei Comuni siciliani o due Città metropolitane o tre liberi consorzi comunali. La proposta soggetta a referendum deve avere oggetto omogeneo e unitario e si considera approvata se ha partecipato alla votazione il quaranta per cento degli aventi diritto ed è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. Il referendum abrogativo non è ammesso per le leggi di bilancio, di natura finanziaria e tributaria, relative ai rapporti internazionali e con l'Unione europea, di modifica o revisione statutaria.

3. Il referendum propositivo concerne una proposta di legge d'iniziativa popolare o comunale che non sia stata approvata dall'Assemblea ovvero sia stata approvata con sostanziali modifiche. È indetto su richiesta di almeno ventimila elettori iscritti nelle liste elettorali dei Comuni siciliani o di un numero di Comuni rappresentativo di almeno un quinto degli abitanti della Regione, secondo l'ultimo censimento ufficiale. Qualora il risultato del referendum propositivo sia favorevole, la proposta di legge si considera approvata nel testo presentato dai proponenti; se sfavorevole, resta confermato il testo approvato dall'Assemblea.

4. Il referendum consultivo è proposto su richiesta dei Deputati regionali o della Giunta ed è indetto, a seguito di deliberazione dell'Assemblea, al fine di conoscere l'opinione della popolazione regionale, o di frazioni di essa qualificate per un rilevante interesse locale, circa i principi o gli indirizzi relativi ad attività o progetti di legge di competenza regionale, incluse le iniziative regionali di leggi statali, anche costituzionali e di modifica statutaria. Al referendum consultivo sono ammessi a partecipare, oltre agli elettori regionali, altri soggetti, anche non cittadini, legalmente residenti da almeno due anni in un Comune della Regione.

TITOLO III*

LE FUNZIONI REGIONALI

SEZIONE I

LE POTESTÀ LEGISLATIVE E REGOLAMENTARI

CAPO I

Il procedimento legislativo e la qualità della normazione

Art. 48

L'iniziativa legislativa

1. L'iniziativa delle leggi regionali spetta alla Giunta e a ciascun deputato regionale. L'iniziativa delle leggi regionali è, altresì, esercitata dal popolo e dai Consigli dei Comuni della Regione nelle forme e nei limiti di cui all'art. 44.
2. I progetti di legge sono esaminati dalle Commissioni dell'Assemblea con la partecipazione della rappresentanza degli interessi professionali e degli organi tecnici regionali.
3. I progetti di legge devono contenere la clausola di abrogazione espressa.

Art. 49

Promulgazione, pubblicazione ed entrata in vigore delle leggi regionali

1. Le leggi approvate dall'Assemblea non sono perfette se mancanti della firma del Presidente della Regione e degli Assessori competenti per materia.
2. Le leggi sono promulgate dal Presidente della Regione entro trenta giorni dalla loro trasmissione ad opera del Presidente dell'Assemblea e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Regione.
3. Le leggi della Regione entrano in vigore quindici giorni dopo la loro pubblicazione, salvo diversa disposizione stabilita dalla singola legge.

Art. 50

La qualità della normazione

1. I testi normativi sono redatti con chiarezza, organicità e semplicità al fine di assicurare la qualità della normazione.
2. La legge regionale stabilisce i casi nei quali i progetti di legge sono accompagnati da una relazione sull'analisi tecnico-normativa del testo e sull'impatto della regolazione proposta, da trasmettere al Comitato per la qualità della normazione.

* La Sezione I è a cura di G. D'Amico (quanto agli artt. 48-52 e 54), di M.L. Quattrocchi (quanto all'art. 53) e di E. Cavasino (quanto all'art. 55), la II di S. Pajno e G. Rivosecchi, la III di R. Di Maria.

3. La legge e i regolamenti interni, dell'Assemblea e della Giunta, stabiliscono gli obblighi volti a garantire la qualità delle fonti normative e le modalità di formazione e di approvazione dei testi unici.

4. Le proposte di legge che non osservano le disposizioni stabilite a tutela della qualità della legislazione sono dichiarate improcedibili dal Presidente dell'Assemblea, d'intesa con l'ufficio di presidenza.

5. L'Assemblea istituisce, secondo le norme del regolamento generale, il Comitato per la qualità della normazione⁶.

6. Il Comitato esprime pareri e formula proposte sui progetti di legge sottoposti al suo esame. In caso di mancato accoglimento, totale o parziale, delle proposte deliberate dal Comitato a maggioranza dei suoi componenti, il progetto di legge deve essere approvato dall'Assemblea a maggioranza dei suoi componenti.

7. Il parere del Comitato sui progetti di legge in materia finanziaria è obbligatorio.

Art. 51

Controlli sui progetti di legge e sulle leggi

1. Fatta salva la competenza della Commissione di garanzia statutaria, le commissioni assembleari esercitano controlli preventivi e di fattibilità sui progetti di legge e promuovono la valutazione degli effetti delle leggi su coloro che ne sono destinatari.

2. Con legge regionale è disciplinato l'inserimento nelle leggi, al fine della valutazione degli effetti dalle stesse prodotti, di clausole volte a definire i tempi e le modalità di raccolta delle informazioni necessarie.

3. Il regolamento interno dell'Assemblea disciplina le forme di esercizio delle funzioni previste dal presente articolo.

Art. 52

I testi unici

1. Al fine di assicurare la razionalizzazione e la semplificazione della normativa regionale è promossa la formazione di testi unici legislativi e regolamentari per settori organici.

2. I testi unici legislativi sono approvati con legge e possono essere abrogati o modificati, anche parzialmente, solo in modo espresso.

⁶ Si suggerisce di formulare la seguente disposizione nel regolamento:

1. Il Comitato per la qualità della normazione è composto, per un terzo, da deputati regionali dei gruppi assembleari di maggioranza, per un terzo da deputati regionali dei gruppi assembleari di opposizione e per un altro terzo da soggetti di comprovata professionalità in relazione alla materia oggetto della normativa, designati in maniera paritaria dai gruppi assembleari di maggioranza e di opposizione. La componente non parlamentare del Comitato è rinnovata a seconda della materia trattata. La partecipazione ai lavori del Comitato è a titolo gratuito.

3. Le parti del testo unico di mero coordinamento delle leggi esistenti sono approvate dall'Assemblea con un unico voto.

4. L'Assemblea, con propria delibera, individua i casi ed avvia le procedure per la redazione del testo unico, e può delegare alla Giunta la predisposizione del progetto di testo unico, stabilendo un termine entro cui operare il riordino della disciplina normativa della materia.

5. Nel tempo fissato per portare all'esame dell'Assemblea il testo unico, le proposte di modifica delle leggi oggetto del coordinamento o del riordino, se formalmente presentate, sono sospese sino all'emanazione del testo unico o possono formare oggetto di modifica della delibera di cui al comma 4.

6. I testi unici regolamentari possono essere abrogati o modificati, anche parzialmente, solo in modo espresso.

CAPO II

Le potestà legislative

Art. 53

I tipi di potestà legislative

1. L'Assemblea, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali, nonché in osservanza delle norme statali che stabiliscono i livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, ha la legislazione esclusiva su ogni materia non espressamente riservata dalla Costituzione alla competenza dello Stato e, in particolare, sulle seguenti materie:

a) politiche sociali di interesse regionale; misure di sostegno ai disabili, agli anziani, ai minori e a coloro che versino in condizioni economiche disagiate;

b) sviluppo e promozione del turismo di interesse regionale; vigilanza alberghiera e tutela del paesaggio; conservazione e valorizzazione delle antichità e delle opere artistiche;

c) agricoltura e, in particolare, sviluppo e sostegno della produzione agricola di interesse regionale; valorizzazione, distribuzione e difesa dei prodotti agricoli regionali;

d) sviluppo e sostegno delle attività agrituristiche;

e) foreste, nel rispetto dei limiti posti dalle leggi dello Stato a tutela dell'ambiente e dell'ecosistema;

f) bonifica;

g) usi civici;

h) industria e commercio, sviluppo e sostegno della produzione industriale e delle attività commerciali di interesse regionale, salva la disciplina dei rapporti privati;

i) governo del territorio, nel rispetto dei limiti posti dalle leggi dello Stato a tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali;

l) espropriazione per pubblica utilità, nel rispetto dei limiti posti dalle leggi dello Stato a tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali;

m) lavori pubblici di interesse regionale, nel rispetto dei limiti posti dalle leggi dello Stato a tutela della concorrenza e fatta salva la competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile;

n) miniere, cave, torbiere, saline;

o) acque pubbliche, in quanto non siano oggetto di opere pubbliche d'interesse nazionale;

p) pesca e caccia, nel rispetto dei limiti posti dalle leggi dello Stato a tutela dell'ambiente e dell'ecosistema;

- q) regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative;
- r) ordinamento e organizzazione amministrativa degli uffici e degli enti regionali;
- s) istruzione elementare, musei, biblioteche, accademie di interesse locale e regionale.

2. Entro i limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e al fine di soddisfare alle condizioni particolari e agli interessi propri della Regione, l'Assemblea approva leggi, anche relative all'organizzazione dei servizi, sopra le seguenti materie concernenti la Regione:

- a) ordinamento delle comunicazioni e cittadinanza digitale;
- b) trasporti regionali di qualsiasi genere;
- c) tutela della salute e assistenza sanitaria;
- d) istruzione media e universitaria, fatta salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche;
- e) disciplina del credito e del risparmio;
- f) legislazione sociale: rapporti di lavoro, previdenza e assistenza sociale;
- g) annona;
- h) stato giuridico ed economico degli impiegati e funzionari della Regione;
- i) protezione civile di interesse regionale;
- l) altri servizi di prevalente interesse regionale.

ART. 54

I rapporti tra leggi statali e leggi regionali

1. Salvo quanto disposto nel comma 3, la legislazione regionale deve essere adeguata ai principi e alle norme costituenti limiti indicati dall'art. 53 del presente statuto e previsti da atto legislativo dello Stato entro i sei mesi successivi alla pubblicazione dell'atto medesimo nella Gazzetta Ufficiale o nel più ampio termine da esso stabilito. Restano nel frattempo applicabili le disposizioni legislative regionali preesistenti.

2. Decorso il termine di cui al comma 1, le disposizioni legislative regionali non adeguate in ottemperanza al comma medesimo possono essere impugnate davanti alla Corte costituzionale ai sensi della Costituzione e delle leggi che ne danno attuazione.

3. Resta in ogni caso ferma l'immediata applicabilità nel territorio regionale delle leggi costituzionali, degli atti legislativi dello Stato nelle materie nelle quali alla Regione è attribuita delega di funzioni statali, nonché delle norme internazionali e dell'Unione europea direttamente applicabili.

4. Nelle materie di cui all'art. 53, comma 2, del presente Statuto, la legge statale recante principi fondamentali si applica nel territorio della Regione, anche nella parte in cui contiene norme attuative dei principi, fino all'entrata in vigore della normativa regionale di dettaglio.

CAPO III

Le potestà regolamentari

Art. 55

Il procedimento di formazione dei regolamenti e le condizioni della loro adozione

1. La Regione esercita la potestà regolamentare nelle materie di propria competenza, anche per l'attuazione e l'esecuzione di obblighi derivanti dai Trattati istitutivi dell'Unione europea.

2. Lo Stato può delegare alla Regione l'esercizio della potestà regolamentare nelle materie di propria competenza esclusiva.

3. I regolamenti della Regione fanno espresso riferimento alle disposizioni di legge che li autorizzano e ne costituiscono il fondamento.

4. Salvo il limite delle riserve di legge, l'esercizio della potestà regolamentare può essere autorizzato con finalità di delegificazione con legge regionale che stabilisce le norme generali regolatrici della materia e individua espressamente le disposizioni di legge da abrogare con effetto dalla data dell'entrata in vigore del regolamento.

5. Gli schemi dei regolamenti delegati dallo Stato, dei regolamenti di attuazione ed esecuzione di obblighi derivanti dai Trattati istitutivi dell'Unione europea e dei regolamenti di delegificazione sono trasmessi dal Presidente della Regione al Presidente dell'Assemblea e sottoposti al parere obbligatorio delle Commissioni dell'Assemblea competenti per materia, che si pronunciano entro quarantacinque giorni dalla data della trasmissione dello schema di regolamento.

6. I regolamenti della Regione sono approvati dalla Giunta, su proposta dell'Assessore o degli Assessori competenti per materia. I regolamenti di mera esecuzione delle leggi possono, previa esplicita autorizzazione contenuta nelle leggi medesime, essere adottati dal Presidente della Regione su proposta dell'Assessore o degli Assessori competenti per materia.

7. I regolamenti recano la firma degli Assessori proponenti e del Presidente della Regione. Sono emanati con decreto del Presidente della Regione entro cinque giorni dalla loro approvazione, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana ed entrano in vigore decorsi quindici giorni dalla pubblicazione, salvo che gli stessi non dispongano diversamente.

8. Con legge regionale approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea sono disciplinati la tipologia e il procedimento di formazione dei regolamenti regionali.

SEZIONE II

LE FUNZIONI AMMINISTRATIVE

Art. 56

I principi dell'attività amministrativa

1. L'attività amministrativa è orientata alla cura concreta degli interessi delle collettività regionali e locali, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità, partecipazione, trasparenza, semplificazione dei procedimenti, efficienza ed economicità.

2. L'organizzazione regionale si basa sulla distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e di controllo e funzioni di attuazione e di gestione.

3. La Regione svolge la propria attività di amministrazione assicurando il coinvolgimento degli enti locali e il concorso della comunità regionale.

4. I controlli, di legittimità e di gestione, si svolgono secondo modalità stabilite con legge regionale.

Art. 57

Il procedimento amministrativo

1. La Regione, nelle materie di propria competenza legislativa, regolamentare e amministrativa, regola i procedimenti amministrativi in coerenza con i principi fondamentali sull'attività amministrativa stabiliti con legge statale e nel rispetto delle attribuzioni degli enti locali.

2. La legge regionale disciplina il procedimento amministrativo garantendo la partecipazione e il diritto di accesso dei soggetti direttamente interessati alla formazione dei provvedimenti amministrativi.

3. Gli atti e i provvedimenti amministrativi sono pubblici nei modi stabiliti dalla legge e devono essere motivati.

Art. 58

Il riparto delle funzioni amministrative

1. La Regione valorizza l'autonomia dei diversi livelli di governo locale, attribuendo le funzioni amministrative secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e completezza.

2. Gli enti locali sono titolari di funzioni amministrative conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

3. Essi sono inoltre titolari delle funzioni dai medesimi individuate, sulla base di quanto stabilito con legge.

Art. 59

Le modalità di esercizio delle funzioni

1. La Regione informa i propri rapporti con le autonomie locali a criteri di rispetto delle specifiche competenze, di complementarità di funzioni e di leale collaborazione nell'interesse delle comunità rappresentate, adottando procedure di raccordo e partecipazione alla propria attività amministrativa, anche mediante la Conferenza permanente Regioni-enti locali, istituita e regolata con legge regionale approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea regionale.

2. La Regione favorisce le forme di esercizio associato delle funzioni e dei servizi da parte dei comuni di piccole dimensioni, incentivandone in via prioritaria le fusioni.

Art. 60

I poteri sostitutivi

1. Sulla base del principio di sussidiarietà e nel rispetto del principio di leale collaborazione, la Regione, tramite un proprio organo di governo, può sostituirsi ad organi degli enti locali in caso di accertato e persistente inadempimento di obblighi stabiliti dalla legge.

2. La legge regionale stabilisce le garanzie procedurali per l'ente locale interessato, secondo il principio di leale collaborazione.

SEZIONE III

LA FINANZA REGIONALE

Art. 61

Autonomia finanziaria, equilibrio di bilancio e finanziamento delle funzioni

1. La Regione è dotata di autonomia finanziaria, di entrata e di spesa, che esercita in armonia con i principi di sussidiarietà e di solidarietà nazionale, nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, nonché nell'ambito dei principi di coordinamento della finanza pubblica e dei sistemi tributari statale e regionale.

2. La Regione concorre al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, sotto forma di saldo di bilancio, in applicazione del principio di solidarietà e leale cooperazione interregionale.

3. Ferma restando la copertura del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, il finanziamento integrale delle funzioni regionali è assicurato mediante il ricorso alle risorse di cui agli articoli seguenti.

Art. 62

Le entrate della Regione

1. Sono entrate della Regione:

a) il gettito dei tributi propri, deliberati dalla medesima nell'ambito delle materie di propria competenza e nel rispetto dei principi di coordinamento del sistema tributario nazionale;

b) i sette decimi dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) maturato sul territorio regionale;

c) l'integrale gettito delle imposte erariali, comunque denominate, maturato nel territorio regionale, ad eccezione di quelle il cui gettito sia destinato alla copertura di oneri diretti a soddisfare finalità e interessi nazionali e dell'Unione europea, espressamente specificati nella normativa statale ed europea, nonché di quelle il cui gettito sia riservato allo Stato a seguito della procedura convenzionale di cui all'art. 67;

d) il gettito dell'imposta sul reddito delle imprese industriali e commerciali aventi la sede centrale fuori dalla Regione, per la quota maturata nel territorio della medesima, in relazione a stabilimenti e impianti ivi situati, come annualmente determinata dall'ufficio competente ad eseguire l'accertamento, d'intesa con quelli nei cui distretti si trovino i suddetti stabilimenti ed impianti; tale

determinazione si effettua, con le stesse modalità, anche nel caso di imprese aventi la sede centrale nel territorio regionale ma stabilimenti e impianti al di fuori di esso. L'imposta relativa alle quote di reddito afferenti alle attività sia della sede centrale, sia degli stabilimenti e degli impianti situati nel territorio regionale, è iscritta nei ruoli degli uffici distrettuali delle imposte dirette competenti per territorio;

e) la quota del fondo perequativo senza vincolo di destinazione di cui all'art. 119, comma 4, della Costituzione nonché i contributi e i trasferimenti straordinari dello Stato destinati alla realizzazione, sul territorio della Regione, di opere di pubblico interesse e alla attuazione di programmi organici di sviluppo regionale;

f) i redditi derivanti dal patrimonio e dal demanio regionale.

2. In relazione al gettito di cui alla lett. b), la quota relativa all'IRPEF spettante alla Regione è determinata come segue: l'imposta netta risultante dalle dichiarazioni dei redditi e dei sostituti di imposta, nonché dalle certificazioni sostitutive presentate dai contribuenti e per conto dei contribuenti aventi domicilio fiscale nel territorio regionale; l'imposta sui redditi a tassazione separata delle persone fisiche aventi domicilio fiscale nel territorio regionale; le somme riscosse a seguito delle attività di accertamento e di controllo effettuate dalle amministrazioni finanziarie statali e regionali nei confronti dei contribuenti aventi domicilio fiscale nel territorio regionale.

3. In ogni caso, fra le entrate della Regione sono comprese anche quelle che, sebbene relative a fattispecie tributarie maturate nell'ambito del territorio regionale, affluiscono ad uffici finanziari situati fuori dal medesimo per effetto di specifiche previsioni di legge o esigenze amministrative.

4. Il regime doganale è di esclusiva competenza dello Stato, salvi i diritti espressamente riservati alla Regione.

Art. 63

Le entrate degli enti locali

1. Spettano alla Regione il gettito dei tributi propri, le compartecipazioni e le addizionali sui tributi erariali che siano attribuiti, dalla legge statale, agli enti locali siti nel territorio regionale.

2. Ove lo Stato attribuisca agli enti locali la disciplina dei suddetti tributi, compartecipazioni e addizionali, i criteri, le modalità e i limiti di applicazione della stessa sono individuati con legge regionale.

3. Allo scopo di adeguare le finanze degli enti locali al conseguimento delle loro finalità istituzionali, con specifico riferimento all'esercizio delle funzioni loro attribuite, la Regione può annualmente trasferire loro, con legge, una quota o tutte le entrate di cui ai precedenti commi, nonché una quota delle entrate di cui all'art. 62.

Art. 64

Il finanziamento della spesa e la fiscalità di vantaggio

1. Nel rispetto della normativa dell'Unione europea sugli aiuti di Stato e del principio costituzionale di equilibrio di bilancio, la Regione può:

- a) emettere prestiti interni per finanziare spese di investimento in opere permanenti, garantiti dalla medesima per un importo annuale non superiore alle entrate ordinarie;
- b) ove consentito dalla legge dello Stato, prevedere agevolazioni fiscali, esenzioni e detrazioni d'imposta su tributi erariali, nonché modificazioni delle relative aliquote sia riducendole oltre i limiti previsti, sia aumentandole entro il livello massimo di imposizione stabilito dalla normativa statale;
- c) prevedere, con legge regionale, che gli enti locali compresi nel suo territorio introducano esenzioni dal pagamento, detrazioni d'imposta e deduzioni dalla base imponibile dei tributi locali, nonché ne modifichino le aliquote, in riduzione o in aumento.

2. Nel rispetto dei vincoli imposti dall'ordinamento dell'Unione europea e previa intesa con la Regione, con legge dello Stato possono essere approvati piani e programmi di sviluppo per le aree sottoutilizzate, a livello sia intercomunale sia metropolitano, per l'attuazione dei quali possono altresì prevedersi, nell'ambito dei relativi territori, condizioni di imposizione fiscale di particolare favore.

Art. 65

Le attività di accertamento e riscossione

1. La Regione può, previa intesa con il Ministero per le finanze, affidare ad organi dello Stato l'accertamento e la riscossione dei propri tributi.

2. La Regione collabora all'accertamento delle imposte erariali sui redditi dei soggetti con domicilio fiscale nel proprio territorio. A tal fine la Giunta ha facoltà di segnalare agli uffici finanziari dello Stato presenti nel territorio regionale dati, fatti ed elementi rilevanti per la determinazione di un imponibile maggiore, fornendo la documentazione idonea a comprovarla, entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello in cui scada il termine per l'accertamento.

3. Gli uffici finanziari dello Stato presenti nel territorio regionale sono tenuti a riferire alla Giunta sui provvedimenti adottati in base alle indicazioni dalla stessa ricevute.

Art. 66

Il patrimonio e il demanio della Regione

1. Fanno parte del patrimonio indisponibile della Regione:

- a) le foreste, le acque minerali e termali;
- b) le miniere, le cave e le torbiere, quando la disponibilità ne sia sottratta al proprietario del fondo;
- c) i beni di interesse storico, archeologico, paleontologico ed artistico, salvo quelli di proprietà di altri enti o di privati;
- d) gli edifici destinati a sede di uffici pubblici della Regione coi loro arredi e gli altri beni destinati a un pubblico servizio della Regione, qualora siano di proprietà della Regione medesima;
- e) i beni immobili situati nella Regione, che non siano di proprietà di alcuno.

2. Sono altresì trasferiti alla Regione, e costituiscono parte integrante del suo patrimonio, i beni dello Stato presenti nel territorio regionale.

3. La Regione, nell'ambito del proprio territorio, succede nei beni e diritti demaniali dello Stato, escluso il demanio marittimo.

Art. 67

L'attuazione e la revisione delle disposizioni in materia finanziaria

1. In deroga all'ordinario procedimento di revisione statutaria, al fine di assicurarne il tempestivo adeguamento alla congiuntura economico-finanziaria, le disposizioni contenute nel presente Titolo possono essere modificate anche con legge ordinaria statale, su proposta del Governo nazionale o della Giunta o di un decimo dei membri di ciascuna Camera o di un terzo dei membri della Assemblea.

2. La proposta di modifica, sotto forma di testo redatto in articoli, è immediatamente trasmessa alla Commissione paritetica Stato-Regione siciliana, di cui all'art. 82 del presente Statuto, la quale, sentito il parere dell'Assemblea, può apportarvi ulteriori modifiche.

3. Il Parlamento recepisce il testo deliberato dalla Commissione paritetica con la legge ordinaria di cui al del presente articolo, assicurandone la tempestiva approvazione senza ulteriori modificazioni.

4. Per le sole disposizioni in materia di finanza, patrimonio e demanio regionale, la procedura di cui ai precedenti commi del presente articolo si aggiunge ovvero si applica alternativamente a quella ordinaria di revisione statutaria, di cui all'art. 85.

5. Le norme di attuazione delle disposizioni in materia finanziaria e fiscale di cui al presente Titolo sono adottate con decreto legislativo, emanato dal Governo su proposta della Commissione paritetica, sentito il parere dell'Assemblea.

TITOLO IV*

LA REGIONE E GLI ALTRI ENTI TERRITORIALI

SEZIONE I

LIBERI CONSORZI DI COMUNI E CITTÀ METROPOLITANE

Art. 68

Istituzione e modifica

1. Sono istituiti i liberi Consorzi comunali di Agrigento, Caltanissetta, Enna, Ragusa, Siracusa e Trapani e le Città metropolitane di Catania, Messina e Palermo.

2. La Regione, d'intesa con la Città metropolitana di Messina, favorisce la stipula di appositi accordi con lo Stato, la Regione Calabria e la Città metropolitana di Reggio Calabria al fine di

* La Sezione I è a cura di S. Agosta, la II di M. Armanno, la III di S. Curreri e la IV di F. Vecchio.

consentire ai cittadini residenti nelle Città metropolitane di Messina e di Reggio Calabria di usufruire dei servizi secondo criteri di prossimità.

3. Ogni Comune, con deliberazione del Consiglio comunale adottata a maggioranza dei due terzi dei propri componenti, può distaccarsi dal libero Consorzio di appartenenza per aderire ad altro libero Consorzio o ad una Città metropolitana ovvero dalla Città metropolitana di appartenenza per aderire ad altra Città metropolitana o ad un libero Consorzio. Con analoghe deliberazioni, adottate dai Consigli dei Comuni interessati, possono essere costituiti, in aggiunta a quelli previsti dal comma 1, ulteriori liberi Consorzi. Con legge regionale approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea e previo parere della Conferenza permanente Regione-autonomie locali, integrata ai sensi dell'art. 69, comma 1, sono disciplinate condizioni e limiti di tali variazioni.

4. I liberi Consorzi comunali e le Città metropolitane sono enti territoriali di area vasta dotati di autonomia statutaria, regolamentare, amministrativa e finanziaria nell'ambito dei propri Statuti e regolamenti, delle leggi regionali nonché dei principi statali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.

Art. 69

Gli organi di governo

1. Sono organi di governo del libero Consorzio comunale l'Assemblea, il Presidente ed il Consiglio. Sono organi di governo della Città metropolitana la Conferenza, il Sindaco ed il Consiglio. Essi esercitano le rispettive funzioni a titolo gratuito. La composizione della Conferenza permanente Regione-autonomie locali è integrata con i Presidenti dei liberi Consorzi comunali e con i Sindaci metropolitani.

2. Gli organi del libero Consorzio comunale e della Città metropolitana sono composti con sistema indiretto di secondo grado secondo le modalità stabilite con la legge regionale di cui all'art. 68, comma 3, previa deliberazione in senso conforme da parte degli Statuti degli enti di area vasta interessati. La cessazione dalla carica ricoperta nel Comune di appartenenza comporta la cessazione da quella ricoperta nell'ente di area vasta. Con la medesima procedura prevista al presente comma è possibile disporre un diverso sistema di elezione.

3. Nel libero Consorzio comunale lo Statuto è approvato o modificato dall'Assemblea di cui al comma 1, a maggioranza dei componenti e su proposta del Consiglio. Nella Città metropolitana lo Statuto è approvato e modificato dalla Conferenza metropolitana di cui al comma 1, a maggioranza dei componenti e su proposta del Consiglio metropolitano.

4. Lo Statuto dell'ente di area vasta individua le norme fondamentali di organizzazione dell'ente, le attribuzioni e le modalità di elezione e funzionamento degli organi di cui al comma 1. Esso può, altresì, prevedere gli istituti di partecipazione dei cittadini nonché forme di esercizio associato di funzioni da parte dei Comuni.

Art. 70
Le funzioni

1. Per lo sviluppo strategico di area vasta nonché per la promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse sovracomunale, spettano ai liberi Consorzi comunali ed alle Città metropolitane il coordinamento, la pianificazione, la programmazione ed il controllo in materia territoriale, ambientale, di trasporti, di rete ed edilizia scolastica, di sviluppo economico e sociale nei limiti della legislazione regionale e statale di settore e secondo i principi di sostenibilità, competitività e coesione. Agli enti di cui al comma 1 è, altresì, affidata la gestione delle relazioni istituzionali con gli altri enti di area vasta, anche mediante la stipula di accordi e convenzioni, nonché la gestione di funzioni e servizi comunali in forma associata ai sensi dell'art. 69, comma 4.

2. Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 1 i liberi Consorzi comunali e le Città metropolitane predispongono i rispettivi piani territoriali di coordinamento. Questi ultimi determinano gli indirizzi generali di assetto strutturale del territorio e le scelte strategiche di sviluppo economico dei relativi territori.

3. In attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, la Regione può conferire funzioni ulteriori ai liberi Consorzi comunali, alle Città metropolitane ed ai Comuni nell'ambito della propria competenza e conformemente ai principi della legislazione nazionale.

4. In caso di inerzia o inadempimento per il compimento di atti o di attività obbligatorie, la Regione si sostituisce agli enti di cui al comma 1 al fine di salvaguardare interessi unitari eventualmente compromessi entro i limiti delle proprie competenze e nel rispetto del principio di leale collaborazione.

SEZIONE II
I RAPPORTI DELLA REGIONE CON ALTRE REGIONI

Art. 71
Obiettivi e modalità di svolgimento

1. La Regione, mediante intese, coordina le proprie azioni con quelle di altre Regioni per perseguire i propri obiettivi e programmi, individuando, ove occorra, strumenti e organi comuni, secondo modalità stabilite con legge regionale che individua altresì le forme di partecipazione dell'Assemblea e di eventuale raccordo con gli altri organi della Regione in occasione della stipula delle intese medesime.

2. La legge regionale definisce forme e contenuti di eventuali intese dirette a realizzare gli obiettivi indicati con riguardo alle particolari necessità legate all'insularità.

3. La legge regionale determina le modalità di informazione e di partecipazione della comunità regionale alla formazione delle intese.

4. La Regione promuove forme di coordinamento con altre Regioni al fine di favorire la definizione di orientamenti comuni da far valere a livello statale e nell'ambito dell'Unione europea.

SEZIONE III
I RAPPORTI DELLA REGIONE CON LO STATO

ART. 72

Forme e modalità di svolgimento dei rapporti

1. I rapporti tra Stato e Regione, basati sull'obbligo di reciproca informazione, si svolgono secondo i principi di leale collaborazione, solidarietà e sussidiarietà.

2. La Regione partecipa, nei casi e modi previsti dalla legge, alla determinazione della politica generale della Repubblica; promuove e favorisce la consultazione con gli organi dello Stato; formula proposte e pareri; approva intese e prende parte ai processi decisionali statali d'interesse regionale, anche tramite le sedi di concertazione, negoziazione, raccordo e coordinamento tra Stato e Regioni.

Art. 73

I rapporti tra l'Assemblea regionale e lo Stato

1. L'Assemblea può presentare progetti di legge, anche costituzionali, secondo le modalità previste per l'approvazione delle leggi regionali.

2. Può formulare voti, proposte e pareri agli organi dello Stato, specie sui disegni di legge riguardanti le competenze della Regione e per l'elaborazione di programmi e piani nazionali di competenza dello Stato. Esprime i pareri previsti in Costituzione sulle modifiche territoriali.

3. Richiede lo svolgimento dei referendum previsti dagli artt. 75 e 138 della Costituzione, anche in materie non d'interesse regionale.

4. Elegge al suo interno, nel rispetto delle minoranze, i propri rappresentanti, laddove ciò sia previsto dalla Costituzione o dalla legge, in seno ad organi statali, salvo che tale potestà sia attribuita ad altri organi della Regione.

Art. 74

I rapporti tra la Giunta regionale e lo Stato

1. La Regione ha diritto di partecipare con un proprio rappresentante, nominato dal Governo regionale, alla istituzione e regolamentazione dei servizi nazionali di comunicazioni e trasporti, terrestri, marittimi ed aerei, che possano comunque interessare la Regione.

Art. 75

I rapporti della Regione con lo Stato per il tramite della Conferenza permanente Stato-Regioni

1. L'Assemblea, previa adeguata e tempestiva informazione da parte del Presidente della Regione, detta indirizzi generali sulle decisioni da assumersi nella Conferenza permanente per i rapporti tra lo

Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e nella Conferenza unificata nonché sulle intese e accordi da stipularsi in tali sedi.

2. Il Presidente della Regione, o un Assessore da lui delegato, partecipa ai lavori della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e della Conferenza unificata, tenendo conto degli indirizzi generali dell'Assemblea regionale.

3. Il Presidente della Regione riferisce e illustra all'Assemblea regionale, almeno ogni sei mesi, le iniziative assunte, le attività svolte e le decisioni prese, con particolare riguardo ad intese e accordi, raggiunte in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e di Conferenza unificata. In particolare, comunica le ragioni di eventuali scelte difformi dagli indirizzi generali ricevuti e ne risponde dinanzi all'Assemblea regionale.

SEZIONE IV
I RAPPORTI DELLA REGIONE CON L'UNIONE EUROPEA
E LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Art. 76

La Regione e le politiche dell'Unione europea

1. La Regione, nelle materie di propria competenza, adempie agli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e, nel rispetto delle norme di procedura statali e regionali, contribuisce alla determinazione delle politiche dell'Unione stessa; partecipa alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi dell'Unione europea e provvede all'attuazione e all'esecuzione degli atti stessi e degli accordi internazionali.

2. Il Presidente della Regione informa tempestivamente l'Assemblea in merito alle politiche dell'Unione europea, agli atti normativi di questa e ai relativi documenti preparatori. Definisce, conformemente alle norme di procedura previste con legge regionale, la posizione della Regione sulle proposte di iniziativa europea. Resta impregiudicata la facoltà dell'Assemblea di esaminare le proposte stesse e di formulare atti di indirizzo al Governo regionale.

Art. 77

La partecipazione della Regione alle istituzioni dell'Unione europea

1. La Regione partecipa con propri rappresentanti al Comitato delle Regioni e alle altre istituzioni dell'Unione europea per cui la partecipazione stessa è normativamente prevista.

Art. 78

Il principio di sussidiarietà

1. L'Assemblea concorre alla verifica, per quanto di sua competenza, del rispetto del principio di sussidiarietà nei progetti di atti normativi dell'Unione europea.

Art. 79

La legge eurounitaria

1. Il disegno di legge eurounitaria è presentato annualmente dal Presidente della Regione, previa delibera della Giunta, ed è approvato dall'Assemblea nell'ambito di una sessione dei lavori a ciò espressamente riservata secondo quanto previsto dall'art. 36 e dalle disposizioni del regolamento generale.

Art. 80

Il potere estero della Regione

1. Nelle materie di sua competenza la Regione conclude accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

2. La Regione cura, per quanto di propria competenza, i rapporti con altri Stati, specie del Mediterraneo, e con le loro articolazioni territoriali interne.

3. L'Assemblea è costantemente informata dal Presidente della Regione dello svolgimento dei rapporti suddetti. Con legge della Regione è data attuazione agli accordi con Stati esteri e alle intese con enti territoriali interni ad altro Stato, conclusi dalla Giunta e sottoscritti dal Presidente della Regione.

TITOLO V*

**ORGANI GIURISDIZIONALI E CONTABILI,
ATTUAZIONE E GARANZIE DELLO STATUTO**

Art. 81

La giurisdizione amministrativa e contabile

1. Il Consiglio di giustizia amministrativa e la Corte dei conti, sezione giurisdizionale d'appello per la Regione siciliana, sono apposite sezioni, rispettivamente, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti secondo i rispettivi ordinamenti stabiliti dalla legge dello Stato. Hanno sede nella Regione ed esercitano tutte le funzioni giurisdizionali, consultive e di controllo assegnate agli organi centrali ed alle rispettive sezioni per tutti gli affari concernenti la Regione e gli enti che in essa svolgono attività.

2. Le giurisdizioni amministrativa e contabile assicurano una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive, garantiscono la giustizia, l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione secondo i principi della Costituzione e del diritto sovranazionale applicabile in Italia. Esse informano l'esercizio delle loro funzioni ai caratteri ed al contenuto del giusto processo sancito dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. Per il principio di sussidiarietà e per prevenire fenomeni di diniego di giustizia, in caso di impossibilità di costituzione ovvero di funzionamento per la mancata nomina di componenti, per

* L'art. 81 è a cura di A. Cariola, l'art. 82 di G. Verde, gli artt. 83-85 di A. Morelli.

l'eventuale incompatibilità ovvero per qualsiasi altra causa, le funzioni del Consiglio di giustizia amministrativa e della Corte dei conti, sezione di appello per la Regione siciliana, sono svolte dagli organi centrali, cui gli affari sono tempestivamente affidati secondo i criteri di assegnazione delle materie stabiliti nei rispettivi ordinamenti.

4. Nei giudizi avanti il Consiglio di giustizia amministrativa e la Corte dei conti, sezione di appello per la Regione siciliana, le parti possono chiedere di deferire all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ed alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. Il rigetto dell'istanza può essere impugnato avanti la Corte di cassazione in quanto motivo inerente alla giurisdizione.

5. Per la loro necessaria autonomia e indipendenza, i magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti in servizio presso le sezioni regionali siciliane non possono esercitare altre attività o funzioni, comunque denominate, nemmeno su nomina o indicazione di organi di governo nazionale o regionale, o svolgere con carattere continuativo occupazioni che comportino l'attribuzione di corrispettivi o compensi o comunque l'assegnazione di redditi. Sono consentite solo le produzioni e le collaborazioni editoriali, la presenza in commissione di studi e la partecipazione ai rispettivi consigli di presidenza.

6. La Regione siciliana partecipa alla nomina dei magistrati amministrativi e contabili in servizio presso gli organi giurisdizionali amministrativi a mezzo della loro designazione tra i soggetti indicati dall'art. 106 della Costituzione per la nomina a consigliere di cassazione.

7. Secondo la disciplina stabilita dalla legge dello Stato per il relativo procedimento, i ricorsi amministrativi avanzati contro atti amministrativi della Regione, degli enti locali e di quelli dipendenti, vigilati e controllati dalla Regione sono decisi dal Presidente della Regione, sentita la sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa.

8. Ulteriori norme di carattere organizzativo sono stabilite dalle fonti di attuazione del presente Statuto.

ART. 82

L'attuazione dello statuto

1. Una Commissione paritetica di quattro membri nominati del Presidente della Regione e dal Presidente del Consiglio dei Ministri determina le disposizioni per l'attuazione dello Statuto e per il trasferimento delle funzioni dallo Stato alla Regione.

2. Alla costituzione della Commissione paritetica si provvede entro trenta giorni dall'avvenuta elezione del Presidente della Regione.

3. Il Presidente della Regione presenta all'Assemblea una relazione annuale sull'attività svolta dalla Commissione paritetica.

Art. 83***I giudizi davanti alla Corte costituzionale***

1. Il Presidente della Regione, anche su voto dell'Assemblea o della Conferenza permanente Regione-enti locali e previa delibera della Giunta regionale, impugna presso la Corte costituzionale le leggi e gli atti aventi valore di legge dello Stato o di un'altra Regione, che siano lesivi della sfera di competenza della Regione, entro sessanta giorni dalla data della loro pubblicazione.

2. Il Presidente della Regione promuove, previa deliberazione della Giunta, conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale avverso gli atti non legislativi dello Stato che siano lesivi della sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita alla Regione siciliana. Il termine per proporre ricorso è di sessanta giorni dalla notificazione o pubblicazione o avvenuta conoscenza dell'atto impugnato.

3. Le questioni di legittimità costituzionale e i conflitti di attribuzione promossi dal Presidente della Regione sono immediatamente comunicati all'Assemblea.

Art. 84***La Commissione di garanzia statutaria***

1. La Commissione di garanzia statutaria è organo di consulenza della Regione, chiamato ad esprimersi sull'applicazione e sull'interpretazione delle disposizioni statutarie. Si compone di cinque membri eletti dall'Assemblea con la maggioranza dei due terzi. I componenti della Commissione sono scelti tra i magistrati delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile; i professori universitari ordinari in materie giuridiche; gli avvocati con almeno venti anni di esercizio effettivo della professione.

2. I membri della Commissione durano in carica sei anni e non sono immediatamente rieleggibili; la carica di componente della Commissione è incompatibile con quella di componente dell'Assemblea, dei Consigli e delle Giunte regionali e comunali, di parlamentare nazionale o europeo.

3. La Commissione elegge il suo Presidente, che resta in carica per la durata del mandato. Il voto del Presidente prevale in caso di parità.

4. La Commissione ha sede presso l'Assemblea; è dotata di autonomia organizzativa e amministrativa; svolge le sue funzioni secondo le disposizioni del proprio regolamento deliberato a maggioranza dei componenti e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Regione.

5. La Commissione, su richiesta del Presidente della Regione o del Presidente dell'Assemblea regionale siciliana o di enti locali in rappresentanza di una popolazione non inferiore a centomila abitanti ovvero di un terzo dei componenti dell'Assemblea, esprime il proprio parere, in particolare, riguardo a:

- a) l'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione;
- b) l'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione e gli enti locali;
- c) la compatibilità con lo Statuto di proposte di legge o di regolamento.

6. La Commissione decide, altresì, sulla regolarità e sull'ammissibilità delle richieste di referendum regionali.

7. La legge regionale assicura l'autonomia della Commissione, disciplina le modalità di accesso e il trattamento economico dei componenti.

Art. 85

Le procedure di revisione dello Statuto

1. Per le modificazioni del presente Statuto si applica il procedimento stabilito dalla Costituzione per le leggi costituzionali.

2. L'iniziativa appartiene anche all'Assemblea.

3. I progetti di modificazione del presente Statuto di iniziativa governativa o parlamentare, prima di essere esaminati e approvati, sono comunicati dal Governo della Repubblica all'Assemblea che esprime il suo parere entro due mesi, a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

4. Nel caso in cui l'Assemblea abbia espresso parere contrario ovvero parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate e le Camere non intendano adeguarsi, il progetto di revisione statutaria è deliberato a maggioranza dei componenti di ciascuna Camera nella prima deliberazione e a maggioranza dei due terzi dei componenti nella seconda.

5. Le modificazioni dello Statuto non sono comunque sottoposte al referendum di cui all'art. 138 della Costituzione.

Gaia Vannoni*

L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *L'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 330 e 333 del codice civile. Il caso di Reggio Calabria.* – 3. *Riflessioni a margine dei provvedimenti del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria.*

1. Introduzione.

Obiettivo del presente scritto è discutere un recente orientamento giurisprudenziale in materia di interesse superiore del minore. Dal 2012 il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria ha adottato provvedimenti¹ di limitazione o di decadenza della responsabilità genitoriale di alcuni membri appartenenti alla 'ndrangheta in virtù di un'interpretazione delle norme del codice civile orientata alla luce degli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione all'interno di un giudizio di bilanciamento il cui riferimento preminente è la clausola generale dell'interesse superiore del minore.

Le motivazioni dei giudici si articolano su tre principali piani: in primo luogo, il richiamo alle norme costituzionali ai fini dell'individuazione di un contenuto minimo del processo educativo, in secondo luogo, il riferimento alle norme sovranazionali in materia di interesse del minore e infine il necessario giudizio di bilanciamento fra diritti fondamentali del minore.

Il contesto sociale specifico ha avuto un ruolo primario nell'individuazione dell'interesse dei minori coinvolti, determinando le decisioni dei giudici.

2. L'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 330 e 333 del codice civile. Il caso di Reggio Calabria.

L'orientamento in oggetto trova fondamento nel grave pregiudizio arrecato all'interesse dei figli minorenni dalla provata inidoneità allo svolgimento dei compiti previsti dal ruolo genitoriale di soggetti appartenenti alla 'ndrangheta. L'inidoneità, in particolare, riguarda la funzione educativa dei genitori².

Il Tribunale di Reggio Calabria ha deciso di adottare in casi particolari provvedimenti di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale di quei genitori che indottrinarono i figli ad una cultura criminale coinvolgendoli fin dalla tenera età nei propri affari illeciti, determinando un pregiudizio per la loro crescita psico-fisica e, dunque, per il loro superiore interesse.

Dall'analisi delle motivazioni contenute nei provvedimenti emerge un uso da parte dei giudici degli strumenti *ex artt.* 330 e 333 del codice civile relativi ai provvedimenti sulla limitazione, sospensione o decadenza della responsabilità genitoriale interpretati alla luce degli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione.

La Corte reggina, pur riconoscendo l'autonomia educativa dei genitori rispetto ai figli, individua un limite invalicabile, relativamente al contenuto della proposta educativa di cui i minori devono

* *Dottoranda di ricerca presso l'Università di Milano-Bicocca.*

¹ È possibile leggere alcuni provvedimenti sul sito del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria all'indirizzo telematico http://www.tribmin.reggiocalabria.giustizia.it/articoli.php?nome=Provvedimenti&id_articolo=999.

² S. CASABONA, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti del latitante di mafia*, in *Questione Giustizia*, 11 ottobre 2016.

essere destinatari, al di sotto del quale i genitori vengono meno ai compiti previsti dal loro ruolo. Tale limite è fissato dai giudici nei valori fondativi della Carta costituzionale.

Un modello educativo che contraddica il contenuto minimo comune che deve connotare il processo educativo di ogni individuo minorenni può, dunque, essere censurato dall'autorità giudiziaria poiché in contrasto con i compiti previsti dalla Costituzione per il ruolo genitoriale.

La genesi dei provvedimenti è generalmente il processo penale³. Gli uffici giudiziari reggini hanno infatti instaurato una stretta collaborazione che ha portato alla firma di un protocollo d'intesa⁴. Il documento prevede che qualora la Procura, all'interno delle proprie indagini, venga a conoscenza di situazioni di pregiudizio per alcuni minori, ne informi immediatamente il Tribunale per i minorenni che provvederà ad analizzare la situazione e a prendere, nel caso lo ritenga opportuno, i provvedimenti idonei.

Premettendo che, specialmente in materia di interesse del minore, ogni caso è unico e riferito al singolo bambino, è possibile distinguere tre principali categorie di situazioni emerse dallo studio dei provvedimenti in esame.

Ai fini dell'individuazione del migliore interesse del minore, il tribunale ha giudicato necessario operare un giudizio di bilanciamento di più diritti fondamentali del minore che, nel caso concreto, si ponevano fra loro in contrasto. I diritti fondamentali in questione sono da individuare nel diritto a vivere nella propria famiglia d'origine, da un lato, e nel diritto ad una crescita psico-fisica armoniosa e ad un'educazione conforme ai principi fondativi dell'ordinamento costituzionale, dall'altro.

In primo luogo, troviamo alcuni casi in cui i minori sono stati allontanati da entrambi i genitori poiché né nella famiglia nucleare né in quella allargata è stato possibile individuare soggetti estranei a distorte dinamiche criminali. Secondo il giudizio di bilanciamento dei diritti del minore effettuato dalla corte, la necessità di evitare un danno ai figli e il diritto ad una educazione responsabile devono prevalere sul loro diritto a crescere nella propria famiglia di origine, conseguendo in questo modo il loro migliore interesse⁵.

In secondo luogo, un'altra tipologia di casi presentatisi a Reggio Calabria ha visto alcune madri di minori chiamarsi fuori dalle dinamiche malavitose e collaborare con la giustizia o almeno, non prendere parte alla trasmissione del sistema valoriale mafioso. In questi casi i minori sono stati affidati in modo esclusivo alle madri e molto spesso con esse inseriti in specifici programmi di protezione che li hanno allontanati dalla regione di provenienza. In tali situazioni, il tribunale ha individuato l'interesse del minore nel poter rimanere con la madre che aveva interrotto i rapporti con l'ambiente familiare di provenienza considerato dannoso per lo sviluppo del bambino. In questo caso il legame basilare del minore con la sua famiglia è parzialmente preservato dal Tribunale che ha potuto così assicurare almeno in parte il diritto del minore a vivere con i genitori⁶.

In terzo luogo, vi sono i casi in cui i minori stessi hanno commesso reati connessi alle attività illecite dalla propria famiglia. In alcuni di queste situazioni la responsabilità genitoriale è stata limitata. Contemporaneamente è stato scelto di usare l'istituto della messa alla prova in un luogo diverso da quello d'origine per permettere ai minori di sperimentare un contesto sociale differente da quello di provenienza⁷.

Le argomentazioni delle motivazioni dei giudici sono ricorrenti nei diversi provvedimenti e, come detto in apertura dell'articolo, si articolano principalmente in tre punti essenziali: in primo luogo troviamo il riferimento alle norme costituzionali, in secondo luogo il richiamo alla normativa pattizia ed, infine, il necessario bilanciamento fra i diritti fondamentali del minore.

³ R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile nel contrasto ai sistemi criminali familiari: la tutela dei minori di 'ndrangheta tra prassi giudiziari e prospettive de iure condendo*", in *Minorigiustizia*, n. 3/2016, 16,

⁴ V. all'indirizzo http://www.tribmin.reggiocalabria.giustizia.it/articoli.php?nome=Protocolli&id_articolo=1000.

⁵ Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 24.01.2014; Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 18.10.2016; Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016; Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 6.03.2012.

⁶ Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 22.04.2013; Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 29.09.2015.

⁷ Trib. Min. Reggio Calabria, decreto 19.07.2012.

Relativamente al primo punto, il tribunale richiama nei suoi provvedimenti le norme costituzionali ed in particolare gli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione⁸.

La Carta costituzionale, infatti, garantisce una protezione particolare all'infanzia⁹, prevedendo una specifica cura nei confronti di soggetti come i minorenni, considerati psicologicamente e fisicamente *in fieri*. Tale protezione è accordata sia singolarmente sia nelle formazioni sociali in cui la persona - nel nostro caso il minore - si trova inserita (articolo 2 Costituzione). Questa tutela è particolarmente forte in riferimento a quelle formazioni sociali in cui l'individuo è inserito indipendentemente dalla propria volontà come succede ai figli nei confronti della propria famiglia¹⁰.

I bambini godono di particolare protezione da parte dello Stato in quanto "parti deboli" all'interno del rapporto di filiazione. Essi hanno diritto ad essere mantenuti, educati ed istruiti dai loro genitori. È previsto inoltre l'intervento dell'autorità giudiziaria nel momento in cui i genitori vengano meno ai propri compiti. In caso di incapacità di questi ultimi i diritti dei minori non vengono meno e lo Stato deve garantire un intervento in sostituzione dei genitori sulla base di istituti legislativi di sostegno (articolo 30 Costituzione).

Nei provvedimenti è altresì richiamata la clausola generale dell'interesse del minore. Essa, accanto alle norme costituzionali, si pone a principio cardine della materia del diritto di famiglia e minorile e guida sia il legislatore nella previsione di leggi sia il giudice nella sua attività di bilanciamento tra diritti fondamentali.

La locuzione "preminente interesse del minore" traduce l'espressione inglese *best interests of the child*, principio di diritto internazionale che compare nelle principali carte sovranazionali relative ai diritti dei fanciulli.

L'origine del principio in realtà non è legata alle sole fonti normative internazionali, esiste infatti "un'accezione del principio di origine tutta interna"¹¹ ricavata dalla giurisprudenza costituzionale italiana mediante una lettura sistematica ed evolutiva della Costituzione. La prima sentenza in cui la Corte costituzionale ha trattato il principio del superiore interesse del minore è la [n.11 del 1981](#) (punto 5 del considerato in diritto) in cui, relativamente alla legge sull'adozione speciale del 1967, si legge: "queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia d'origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva". La Corte, inoltre, ribadisce che la Costituzione obbliga il legislatore e l'autorità pubblica a "predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli".

Nonostante gli sforzi della dottrina, la definizione di interesse del minore è tuttora rimasta piuttosto vaga¹². Per alcuni tale principio è ormai un dato assiomatico ripetutamente affermato sia dal legislatore sia dalla giurisprudenza¹³ e a cui pochi ancora cercano di attribuire una definizione chiara.

⁸ "La copertura costituzionale è, innanzitutto, assicurata dall'art. 30 Cost. [...], e ancora dagli art. 2 [...] e 31, comma secondo, Cost. [...], secondo cui è preciso compito dello Stato - e delle proprie diramazioni istituzionali - proteggere l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, e intervenire a tutela dell'integrità fisica e sociale dei minori, mediante interventi volti alla salvaguardia di reali opportunità esistenziali che consentano un'effettiva integrazione (o reintegrazione) nel tessuto sociale, mediante il ripristino di valori collettivi condivisi" (Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14 e ss.). Tali principi sono richiamati anche in Trib. min. Reggio Calabria, decreto 17.05.2016; Trib. min. Reggio Calabria, decreto, 8 marzo 2016, 8; Trib. min. Reggio Calabria, decreto 24.01.2014; Trib. min. Reggio Calabria, decreto 19.07.2012, 2.

⁹ Quando parliamo di bambino usiamo il maschile in un'accezione neutra rispetto al genere secondo le regole della lingua italiana, ma precisiamo che ci riferiamo sia ai bambini che alle bambine.

¹⁰ L. POMODORO, *Prefazione*, in E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016, 12.

¹¹ E. LAMARQUE, *Prima i bambini* cit., 13.

¹² P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del diritto*, 1/1997, 47; si veda anche V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 172.

¹³ G. MANERA, *Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà nell'affidamento ad uno dei genitori*, in *Giur. Merito*, 1982, 361.

Per altri la categoria dell'interesse del minore è simile ad una nozione magica. "Per quanto sia contemplata dalla legge, ciò che non viene previsto è l'abuso che se ne fa oggi. Al limite, essa finirebbe col rendere superflui tutti gli istituti del diritto di famiglia"¹⁴. È certamente complesso riuscire ad elaborare una definizione astratta che possa risultare valida e adatta ad ogni situazione in riferimento ai molti campi del diritto minorile, ma è comunque urgente individuarne i parametri poiché questo principio si è consolidato negli anni come criterio determinante in tutte le decisioni che riguardano i minori¹⁵.

In riferimento al secondo punto riguardante la normativa sovranazionale, le norme internazionali richiamate dai provvedimenti sono quelle contenute nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, approvata trent'anni dopo la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. In particolare nei provvedimenti sono richiamati gli articoli 3, 9 e 29¹⁶.

L'articolo 3 impone che, in ogni decisione relativa ai bambini, l'interesse superiore degli stessi assuma preminente rilevanza¹⁷.

L'articolo 9 prevede che, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, i giudici possano disporre l'allontanamento del minore dalla propria famiglia qualora questa separazione risulti necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione di questo tipo può essere necessaria quando, ad esempio, i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo.

L'articolo 29, invece, sottolinea che la famiglia deve educare il minore a vivere nella società civile ed allevarlo ai principi di pace, tolleranza, dignità e solidarietà e, sotto diverso profilo, a preservarlo dai rischi connessi alla trasgressione delle comuni regole di convivenza civile. L'educazione dei minori dovrà avere come finalità il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite, dei valori nazionali del paese nel quale vive.

In alcuni decreti è citata anche la CEDU, il cui articolo 8¹⁸ prevede che: "*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza privata. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica sull'esercizio di tale diritto, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*". In applicazione di tale principio, la Corte EDU ha affermato che la privazione della responsabilità

¹⁴ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, in *Revue française des Affaires sociales*, 4/1994, 157 ; J. CARBONNIER, *Droit civil I.2, La famille, les incapacités*, P.U.F. 1969, 370.

¹⁵ A. DI FRANCIA, F. DALLAGIACOMA, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2008, 19. Riguardo l'indeterminatezza del concetto si veda anche PARKER S., *The best interests of the child. Principles and problems*, in P. ALSTON, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, 26.

¹⁶ "... il provvedimento ablativo adottato è in linea con la normativa interna (art. 2, 30 e 31 Cost., con i correlati art. 330 ss. C.c.) e pattizia internazionale a tutela dell'infanzia, là dove si afferma che la famiglia, luogo privilegiato per la crescita del minore, deve però educarlo ai principi etici e legali condivisi e, sotto diverso profilo, preservarlo dai rischi connessi al mancato rispetto di tali valori" (Trib. min. Reggio Calabria, decreto 17.05.2016); "Quanto alla normativa pattizia internazionale, assoluto rilievo riveste la convenzione stipulata a New York nel 1989, ratificata dall'Italia con la Legge n. 176 del 1991, che, dopo avere stabilito nel preambolo che i genitori devono educare il fanciullo "a diventare un membro utile della società e a sviluppare il suo senso di responsabilità morale e sociale", tra l'altro ha statuito: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" (art. 3, comma 1), che può comportare "la separazione dai suoi genitori quando maltrattano o trascurano il fanciullo" (art. 9) (Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14 e ss). Le stesse parole si trovano in Trib. min. Reggio Calabria, decreto, 8 marzo 2016, 8, trib. min. Reggio Calabria, decreto 24.01.2014, trib. min. Reggio Calabria, decreto 19.07.2012, 2, Trib. min., decreto 29.09. 2015, trib. min. Reggio Calabria, decreto 7.10. 2014.

¹⁷ "... in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration" (articolo 3).

¹⁸ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14 e ss; Trib. min., decreto 29.09. 2015.

genitoriale rappresenta una misura particolare da applicare solo in presenza di circostanze eccezionali, in virtù del migliore interesse del minore. In particolare, l'intervento dello Stato in questo ambito deve ritenersi legittimo laddove sia previsto dalla legge, sia rivolto a perseguire uno o più fini legittimi e se costituisce una misura necessaria in una società democratica¹⁹. In ambito CEDU, l'interesse del minore, pur non essendo espressamente formulato nella Convenzione, è stato trattato in correlazione all'art. 8 della stessa, relativamente al rispetto della vita privata e familiare²⁰.

Infine, relativamente al terzo punto citato, la corte si sofferma sul giudizio di bilanciamento²¹ tra il diritto del minore a crescere nella propria famiglia d'origine (legge 184/1983) e il diritto ad una crescita sana e a ricevere un'educazione responsabilizzante, ispirata ai valori fondativi della comunità (art. 29, Convenzione di New York e artt. 2, 30 e 31, Costituzione) e necessaria al fine di una crescita armoniosa. In conformità con i principi normativi nazionali e sopranazionali richiamati, la corte sostiene che debba essere tutelato il diritto del minore a crescere ed essere educato all'interno della sua famiglia, ma che tale diritto fondamentale non sia assoluto e, nel superiore interesse del minore, debba essere bilanciato con quello, altrettanto importante, di ricevere un'educazione responsabile che lo preservi dalle conseguenze derivanti dalla trasgressione dei valori condivisi e consacrati nelle norme nazionali e sovranazionali sopra richiamate²².

I genitori avrebbero dunque un correlato dovere "di garantire un *habitat* educativo consono al rispetto delle norme sociali e giuridiche"²³. Nel caso in cui i genitori non adempiano i propri doveri, e in particolare nel caso in cui compiano scelte valoriali opposte, lo Stato ha l'obbligo di intervenire "prendendosi carico delle sorti sociali ed esistenziali di questi minori, al fine di preservarli dalle prevedibili conseguenze riconnesse al mancato rispetto dei valori condivisi"²⁴.

La responsabilità genitoriale, secondo dottrina e giurisprudenza, non è un potere arbitrario dei genitori sui figli ma piuttosto un *munus*, che i primi devono esercitare nell'interesse dei secondi al fine di garantire loro i diritti previsti dall'articolo 30 della Costituzione e dall'articolo 315 del codice civile ad essere mantenuti, istruiti ed educati²⁵. Nel rapporto di filiazione, dunque, la responsabilità genitoriale è un mezzo il cui fine deve essere individuato nell'interesse del minore²⁶.

Gli strumenti utilizzati nel caso in cui i genitori non rispettino i doveri imposti dal proprio ruolo sono quelli previsti dagli artt. 330 e 333 del codice civile. Tali provvedimenti sono provvisori e possono essere revocati a norma dell'articolo 743 c.p.c.

Il giudizio di bilanciamento dunque sembra essere lo strumento attraverso cui la giurisprudenza individua l'interesse del minore. Ciò è ribadito anche dalla Consulta, laddove sostiene che "tutti i diritti fondamentali si trovano tra loro in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"²⁷.

Individuare la migliore soluzione possibile per il minore discende direttamente dal principio personalista "quale sintesi e fondamento dell'intera impalcatura costituzionale"²⁸.

¹⁹ Corte EDU, sez. IV, 17 luglio 2012, n. 64791, caso M.D. e altri c. Malta.

²⁰ Tra le prime pronunce che enunciano espressamente il principio ricordiamo le sentenze *Olsson (II) c. Svezia*, 27-11-1992 e *Johansen c. Norvegia*, 7-8-1996

²¹ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14 e ss; Trib. min. Reggio Calabria, decreto, 8 marzo 2016, 8; Trib. min. Reggio Calabria, decreto 29.09. 2015.

²² Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14 e ss.

²³ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016.

²⁴ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016; Trib. min., decreto 29.09. 2015.

²⁵ R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile* cit.; A.C. MORO, L. FADIGA (a cura di), *Manuale di diritto minorile*, Bologna, Zanichelli, 2008, 194; L. FERRI, *Della potestà dei genitori. Art. 315-342*, Bologna, Zanichelli, 1988

²⁶ R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile* cit.

²⁷ [Corte costituzionale sent. n. 85 del 2013](#), punto 9, cons. in diritto.

²⁸ A. ARENA, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *Consulta OnLine, Studi 2016/II*, 246.

Secondo il principio personalista le formazioni sociali in cui la persona è inserita non devono interferire nella vita del singolo a patto che ciò non sia indispensabile per la persona stessa.

A fianco del principio personalista vi è quello di sussidiarietà secondo cui l'allontanamento del minore dalla famiglia d'origine, in quanto evento traumatico, può essere disposto solo qualora il nucleo non riesca ad assicurare al bambino l'assistenza materiale e morale. L'intervento dello Stato è dunque di carattere sussidiario in sostituzione del livello più basso di organizzazione sociale, in questo caso la famiglia.

Determinare quali siano di volta in volta i migliori interessi del bambino attraverso il bilanciamento, tuttavia, non è un'operazione univoca: lo studio delle decisioni delle corti in materia di *best interests* dimostra come il bilanciamento non dia sempre lo stesso risultato aprendo questioni, tutt'ora controverse, di certezza del diritto.

Attraverso i tre punti essenziali citati, in conclusione, dalle motivazioni dei giudici si evince che la funzione educativa e di istruzione dei genitori, per quanto caratterizzata da un livello elevato di libertà, non può considerarsi del tutto autonoma rispetto ai valori generali della collettività e delle strutture sociali in cui è inserita. Di conseguenza, l'azione pedagogica deve essere in primo luogo orientata ai valori fondamentali della coscienza sociale considerati fondamentali per il vivere civile e in secondo luogo deve soddisfare l'interesse del minore ad essere educato a diventare un cittadino responsabile di una comunità democratica.

3. *Riflessioni a margine dei provvedimenti del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria.*

Ogni minore ha interesse ad una crescita sana ed equilibrata, sia dal punto di vista fisico sia dal punto di vista psicologico. Perché ciò si realizzi è importante che ogni minore goda di un ambiente familiare stabile che gli offra affetto e cura, di un livello sufficiente di educazione per lo sviluppo della sua personalità, di cure necessarie alla sua salute e al suo benessere emotivo ed infine della possibilità di essere ascoltato in relazione alla sua capacità di discernimento²⁹.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la clausola generale dell'interesse del minore non debba essere determinata in astratto secondo una generica idea di cosa possa essere idoneo al benessere di un bambino, ma che invece debba essere valutata in riferimento alle circostanze del caso concreto. Nei casi che ci hanno occupato, infatti, in astratto, ai fini della realizzazione del migliore interesse del bambino è fondamentale sia il suo diritto alla bigenitorialità e a crescere nella propria famiglia, sia il suo diritto ad essere destinatario di un'educazione responsabile ai fini del suo armonioso sviluppo psico-fisico. Nel caso concreto, tuttavia, questi due diritti sono in conflitto e, come abbiamo visto, il bilanciamento operato dai giudici all'interno del citato orientamento tende a far prevalere il secondo diritto sul primo.

Al principio del preminente interesse del minore è riconosciuta una doppia natura: da un lato, esso viene richiamato dalla legge in modo generale e astratto al fine di tutelare l'intera categoria dei minori, dall'altro lato funge da standard giudiziario e permette al giudice, anche derogando la legge generale, di pervenire alla decisione più adatta per il singolo minore oggetto di tutela³⁰.

In questa seconda accezione, che ritengo la più idonea all'individuazione dell'interesse, il *best interests* è considerato uno standard universale di riferimento. Il giudice dovrà tenerlo in considerazione nella risoluzione di un caso concreto in modo che possa essere raggiunta la miglior soluzione per il minore, tale da assicurare il benessere dello stesso. Il principio funzionerà così "da

²⁹ S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 509.

³⁰ E. LAMARQUE, *Prima i bambini* cit., 15.

criterio di eccezione e temperamento di altri principi o regole nelle decisioni giudiziarie”³¹. Il ruolo di standard giudiziario del principio in esame è confermato dalle [sentenze n. 198 del 1986](#) e [n. 303 del 1996](#) della Corte costituzionale relative alla legge 184 del 1983 sull’adozione e l’affidamento di minori³².

Dovendo fare riferimento al caso concreto, la categoria del superiore interesse del minore è fortemente sensibile al variare delle circostanze proprie di ogni caso, dei diritti da bilanciare e molto spesso anche al variare del contesto sociale, sia relativamente al luogo, sia relativamente al periodo storico. Sulla base di tali considerazioni parte della dottrina ritiene che “sia preferibile, per la sua reale efficacia, che la previsione del principio in esame rimanga legata ad un concetto giuridico generico, attraverso la tecnica e con il significato della clausola generale”³³.

Per altri studiosi, proprio l’estrema flessibilità di un principio che prenda in considerazione di volta in volta gli interessi in gioco, il tipo di società in cui vivono le parti coinvolte e la cultura di riferimento rischia di rendere estremamente discrezionale l’intervento del giudice, indebolendo così i principi di legalità e di certezza del diritto³⁴.

Nei casi trattati, come in generale avviene in materia di interesse del minore, il contesto sociale incide in modo determinante sull’interpretazione dei giudici. L’indottrinamento a cui la ‘ndrangheta sottopone le proprie nuove generazioni è circostanza rilevante nelle argomentazioni della corte reggina. Probabilmente in un contesto di criminalità comune i giudici avrebbero adottato misure meno severe poiché il giudizio prognostico³⁵, richiesto per la valutazione dell’interesse, avrebbe considerato meno probabile la strutturazione criminale dei giovani cresciuti in una famiglia coinvolta in attività illecite.

I provvedimenti citati infatti si inquadrano in un contesto particolare. Nelle situazioni prese in esame l’educazione ‘ndranghetista ha determinato in concreto un pregiudizio per il minore in termini di sofferenza psico-fisica o di strutturazione criminale.

Ritengo sia importante soffermarsi su questo punto per evitare di fraintendere l’azione del Tribunale. Le motivazioni delle decisioni, così come vengono argomentate dai giudici, sono ad alto rischio di strumentalizzazione o fraintendimento in un tema come l’educazione dei figli, in cui l’intervento dello Stato dovrebbe essere, secondo i principi costituzionali, sussidiario e rispettoso della libertà educativa dei genitori. Non sono mancate infatti critiche verso tali decisioni da parte di chi sostiene che esse siano troppo intrusive nell’ambiente familiare. L’educazione infatti è considerata dalle famiglie come una propria competenza esclusiva.

Il caso ha richiamato l’attenzione dell’opinione pubblica e ha avuto risonanza sia sulla stampa italiana sia su quella internazionale³⁶. Come spesso accade, tuttavia, non sempre la stampa ha dato

³¹ S. ROMBOLI, *La natura “relativa”*, 2014, 509; M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Cedam, Padova, 2012; P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2011.

³² A. ARENA, [A proposito dello “statuto costituzionale del minore](#), cit., 246.

³³ S ROMBOLI, *La natura “relativa”* 512.

³⁴ L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia cit.*, 468.

³⁵ Il principio dell’interesse del minore richiede al giudice, al momento dell’interpretazione, una valutazione prognostica. Questo aspetto differenzia i casi in esame dalla maggior parte delle questioni di competenza del giudice civile, in cui questi decide le liti accertando e valutando eventi passati. Le situazioni in esame invece, partendo allo stesso modo dalla valutazione di eventi passati, richiedono al giudicante di proiettare la decisione nel futuro (mostrando così il loro carattere prognostico), cercando di individuare la soluzione che si riveli la migliore per la vita futura di quel particolare minore. Tali giudizi, essendo fondati su una previsione della vita futura del minore e della sua famiglia, sono caratterizzati da un elevatissimo grado di incertezza e di opinabilità (L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2016, 88).

³⁶ G. BALDESSARRO, *Via la patria potestà ai boss mafiosi, il Pd lo propone per legge*, in [laRepubblica.it](#), 20 marzo 2015; D. DE CRESCENZO, *Caffero De Raho: giusto allontanare i ragazzi dai clan*, in *Il Mattino*, 21 aprile 2016, 5; C. FOTIA, *Salviamo i figli da una vita criminale*, in [L’Unità.tv](#), 8 febbraio 2016; P. GAETA, *Minacciati i magistrati dei Tribunale per i minorenni*, in [Gazzetta del Sud online](#), 29 maggio 2016; A. GALDO, *Sono già ottanta i bambini sottratti ai boss*, in *Il Mattino*, 5, 21 aprile 2016; M. MANCINI, *La rivoluzione silenziosa di un tribunale di frontiera*, in [Narcmafie](#) (2015) 1.; M. MAUGERI, *Quei bambini tolti alla ‘ndrangheta e accolti da don Ciotti*, in [Il Sole-24 Ore](#), 20 luglio 2016; G.

risalto alle argomentazioni dei giudici soffermandosi piuttosto in generale sulla notizia dell'allontanamento di alcuni minori da famiglia appartenenti alla criminalità organizzata, non contribuendo alla comprensione del peculiare contesto sociale. Il Tribunale, anche attraverso le parole del suo Presidente, afferma che le strumentalizzazioni sono prive di fondamento³⁷.

È bene precisare, infatti, che i provvedimenti non sono adottati in conseguenza di un facile automatismo che lega l'inidoneità dei genitori alla sola appartenenza degli stessi ad un contesto mafioso. Tale appartenenza in sé difficilmente giustificherebbe un provvedimento sulla sua responsabilità genitoriale. Potrebbe, per esempio, presentarsi il caso di affiliati all'organizzazione mafiosa che desiderino per i figli un destino diverso dal proprio³⁸. Non è corretto dunque configurare una sorta di presunzione riguardante la famiglia mafiosa.

Ritengo altresì che gli interventi del Tribunale, da questo punto di vista, siano saldamente ancorati a fatti legati al contesto familiare e ambientale in esame, da cui possiamo dedurre un pregiudizio concreto per il minore.

Quindi, per valutare i fatti posti a fondamento delle decisioni, è utile individuare le caratteristiche del contesto a cui il Tribunale di Reggio Calabria si riferisce.

L'ambiente calabrese è caratterizzato da una forte influenza della criminalità organizzata locale. La struttura della 'ndrangheta è di tipo familiare, la famiglia biologica e quella della cosca si sovrappongono, di conseguenza i legami all'interno dell'organizzazione sono quasi indissolubili in quanto legami di sangue. La continuità generazionale è molto importante al fine di perpetrare il dominio territoriale dell'organizzazione e a tal fine l'attenzione verso i giovani, considerati come le nuove leve dell'associazione criminale, è molto alta. In molti casi, questi sono coinvolti fin da bambini nelle dinamiche criminali delle famiglie a cui appartengono. Infatti, il numero di condanne di minorenni in relazione a reati sintomatici di una strutturazione criminale mafiosa come omicidi di rappresentanti delle forze dell'ordine, estorsioni in danno a imprenditori locali, spaccio di droga o coinvolgimento in faide locali è molto elevato rispetto al resto del territorio italiano³⁹.

In questo contesto i comportamenti considerati segnale di inidoneità genitoriale, censurati tramite gli strumenti *ex artt.* 330 e 333 del c.c., sono stati individuati dal Tribunale nella trasmissione, tramite l'educazione, di modelli culturali delinquenziali o nel coinvolgimento dei minori in affari illeciti. Alcuni genitori permettevano ai minori di assistere alla commissione di reati o affidavano loro piccoli compiti da eseguire come una sorta di "iniziazione" alla carriera criminale. Ad alcuni bambini, per esempio, veniva insegnato a tagliare la droga. Un riscontro di tale situazione si può osservare nella lettura del decreto del 29.09.2015 in cui la corte riporta la dichiarazione di una madre che così descrive la propria situazione familiare: "mio figlio [...] sembra più adulto della sua età, perché è stato abituato a fare cose da grandi, a vedere armi e droga. Sicuramente se non avessi preso la decisione di andare via [...] avrei avuto un figlio 'ndranghetista in carcere o morto ammazzato già al compimento dei 14 anni"⁴⁰. Il minore risultava coinvolto fin dalla tenera età in attività illecite per cui, secondo il Tribunale, "la sistematica attività di indottrinamento mafioso del figlio - consistita nell'aver esposto il piccolo [...] all'uso di armi, l'averlo fatto assistere ad attività delinquenziali e reso partecipe degli scopi criminosi dell'organizzazione - ha [...] comportato una grave compromissione dell'equilibrio psico-fisico del minore, tale da integrare gli estremi di una condotta maltrattante"⁴¹.

PIANIGIANI, *Breaking Up the Family as a Way to Break Up the Mob*, in *New York Times*, 10 febbraio 2017; G. TIZIAN, *I clan contro i giudici che tolgono i figli ai boss*, *Espresso*, 21 aprile 2016; F. VIVIANO, *'Ndrangheta, i boss scrivono al giudice: "Toglici i nostri figli, forse saranno salvi". I mafiosi si rivolgono al Tribunale dei minori perché allontani i ragazzi dalla Calabria*, in *La Repubblica*, 12 febbraio 2017, 18.

³⁷ Si rimanda ad un'intervista al Presidente Roberto Di Bella da me condotta (Reggio Calabria, 12.05.2016) in G. VANNONI, *L'interesse del minore. Il cuore delle motivazioni della recente giurisprudenza del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria*, in *Questione Giustizia*, 13 febbraio 2017.

³⁸ S. CASABONA, *Pedagogia dell'odio e funzione educativo dei genitori. Uno studio di diritto comparato su mafia e radicalizzazione jihadista*, Giuffrè, Milano, 2016, 51.

³⁹ R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile cit.*, 14.

⁴⁰ Trib. min Reggio Calabria, decreto 29.9.2015, 1.

⁴¹ Trib. min Reggio Calabria, decreto 29.09.2015, 4.

Dalla lettura dei provvedimenti si può notare il ricorrere di alcuni concetti: la presenza di un ambiente familiare permeato da un travisato senso dell'onore e del rispetto, un sistema valoriale fortemente connotato in senso criminale e un indottrinamento mafioso fin dalla tenera età. Il concetto di onore è centrale nel sistema valoriale mafioso ed è strettamente legato alla violenza, alla sopraffazione, all'omertà, all'obbedienza cieca ai capi dell'organizzazione e alla vendetta verso i torti subiti.

Nel decreto del 6.03.2012 si legge “pressante è l'esigenza di disporre l'allontanamento dei tre minori [...] dal contesto ambientale e familiare descritto, permeato da dinamiche malavitose e, comunque, da valori improntati ad una sub-cultura, con un travisato senso dell'“onore” e del “rispetto”. L'elevato rischio per i medesimi di subire ulteriori vessazioni e di acquisire una deteriore cultura malavitosa (o, comunque, improntata ai valori “tribali” sopra descritti), nell'assenza di valide figure di riferimento, appare un'ipotesi tutt'altro che remota”⁴².

Determinante è l'assenza educativa del genitore, motivo per cui la corte ha deciso la decadenza della responsabilità di un padre poiché “le ripetute condanne per reati di criminalità organizzata, il lungo periodo di detenzione, la consequenziale assenza educativa dalla vita dei figli e il mancato dissenso in ordine al coinvolgimento della minore [...] nella vicenda concernente la ritrattazione della madre (a riprova di una piena sintonia con la famiglia della deceduta, nell'assenza di ogni cautela per il precario equilibrio della ragazzina) impongono – d'urgenza e inaudita altera parte - anche tale misura, deponendo per la sua incapacità di fornire ai figli un adeguato indirizzo educativo (presupposto imprescindibile per un corretto esercizio della potestà genitoriale) e di tutelarli dalle negative dinamiche riassunte”⁴³.

In riferimento ad un altro caso la corte ha deciso che “la situazione di disagio discende essenzialmente dall'inadeguatezza delle figure genitoriali investite della responsabilità educativa: figure che riproducono, nel nucleo familiare in cui dovrebbe avere luogo lo sviluppo del ragazzo, il sistema valoriale, fortemente connotato in senso criminale, che contraddistingue il circuito sociale e il contesto territoriale in cui la famiglia [...] è inserita”⁴⁴.

Altri elementi che si leggono nelle pagine dei giudici fanno riferimento ad un distorto rapporto con i rappresentanti delle istituzioni, al coinvolgimento dei minori in attività illegali e l'instaurarsi di situazioni oggettive che impediscono l'esercizio pieno della responsabilità genitoriale.

Per i giudici “sintomatica dell'introduzione di una cultura mafiosa, che distorce il rapporto con i rappresentanti delle Istituzioni, appare l'espressione indirizzata (“*Cani da guardia*”) [...] al personale del Commissariato”⁴⁵. In questo caso un minore si era rivolto ad un collaboratore di giustizia e ai suoi familiari chiamandoli “infami” e ai rappresentanti delle forze dell'ordine come “cani da guardia”.

Inoltre, in riferimento alla valutazione prognostica, i giudici associano a queste situazioni la previsione per i minori di un “destino ineluttabile”, un futuro che i minori, vivendo questi ambienti quotidianamente, non potrebbero cambiare.

Così argomenta la corte: “tale soluzione [l'allontanamento di un minore dalla Calabria, ndr] appare l'unica percorribile per sottrarre il minore ad un destino altrimenti ineluttabile (come evidenziato anche nella relazione in data 9.3.2012 della Comunità Ministeriale di Reggio Calabria, là dove si evidenzia nell'atteggiamento [del minore] “una certa rassegnazione ad una vita segnata”) e, nel contempo, per consentire al medesimo di sperimentare contesti culturali e di vita alternativi a quello deteriore di provenienza”⁴⁶. Possiamo leggere ancora: “Nel quadro familiare e sociale così riassunto è agevole predire che il modello educativo proposto dagli stretti familiari - in cui i comportamenti sovversivi delle regole morali e civiche del vivere vengono per *facta concludentia* indicati come norma di vita e linea di condotta – rischia concretamente di compromettere lo sviluppo del minore,

⁴² Trib. min. Reggio Calabria, decreto 6.03.2012, 8.

⁴³ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 6.3.2012, 9-10.

⁴⁴ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, 2.

⁴⁵ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, 6.

⁴⁶ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 19.7.2012, 3.

esponendolo a condotte devianti e a un futuro di sofferenza, in cui la carcerazione appare – nella migliore delle ipotesi – come un destino ineluttabile”⁴⁷.

Il minore è stato “avviato proprio da questi modelli educativi, e non da altro, a un futuro improntato all’illegalità: futuro che potrebbe essere già nell’attualità della situazione di vita del ragazzo che [...] è stato destinatario di una richiesta di rinvio a giudizio per il reato di cui all’art. 341 bis del codice penale”⁴⁸.

La corte non ha dubbi sulla legittimità degli interventi nelle situazioni sopra citate poiché “il contesto familiare criminale ha *ab imis* un’idoneità educativa che nasce dalla condivisione ed acquisizione di disvalori sociali, trasmessi per ‘eredità’: si profila, cioè, una chiara *culpa in educando* o *in vigilando* dei genitori, se non una condotta dolosamente maltrattante o inosservante dei doveri di assistenza familiare”⁴⁹. Per questi motivi ritiene censurabile il modello educativo mafioso, il qual può dar luogo a responsabilità civile indiretta *ex art. 2048 c.c. per culpa in educando* o *in vigilando*, se non a reato – *ex artt. 570 e 572 c.p.-* nei casi di dolo.

Nel decreto 25.10.2016 il tribunale cita una pronuncia della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che il genitore che ometta deliberatamente di costituire per il figlio un valido modello parentale e fecondo sul piano educativo, deve risarcire ogni danno anche qualora il comportamento omissivo, costituente eventualmente reato *ex art. 570 c.p.*, non sia accertato e sanzionato in sede penale⁵⁰.

Come si può osservare dalla lettura dei provvedimenti, l’intervento del tribunale non è volto a punire una famiglia per il solo fatto di appartenere alla criminalità organizzata; esso interviene nel momento in cui venga riscontrato un pregiudizio concreto all’interesse dei minori e dunque all’integrità psico-fisica dei bambini riconducibile al sistema educativo mafioso. Ricordiamo che, ai fini dell’intervento del tribunale per i minorenni con provvedimenti di limitazione, sospensione o decadenza della responsabilità genitoriale, non è necessario che il genitore agisca con colpa, ma è sufficiente una situazione obiettiva di pregiudizio. Questo concetto è stato ribadito dalla Corte nel decreto del 22.04.2013 quando afferma che “non appare superfluo sottolineare che la limitazione della potestà genitoriale non deve essere necessariamente ricollegata a “colpe” specifiche, ma può essere statuita anche alla presenza di *situazioni oggettive* che impediscono l’esercizio pieno delle prerogative connesse e là dove sia necessario in funzione delle preminenti esigenze di tutela del minore”⁵¹. Nel decreto 8.03.2016 si legge: “Come correttamente segnalato dal Procuratore della Repubblica per i Minorenni, i dati esposti “non si sono riportati per far abbattere sulle figure genitoriali una sorta di stigma sociale quale conseguenza delle vicende giudiziarie, ma soltanto per affermare che il contesto educativo in cui il minore si trova è, non solo in prospettiva, ma nell’attualità della situazione di vita del ragazzo, decisivo nella produzione di marcate distorsioni preoccupanti e di rilevanza tale da compromettere, se non contrastate, in modo decisivo il suo sviluppo” [...] Si tratta con evidenza di comportamenti di cui in questa sede (e cioè nell’ottica esclusiva del preminente interesse di tutela del minore) non rileva definire i connotati e i livelli di intenzionalità, apparendo sufficiente e necessario valutarne l’obiettivo carattere pregiudizievole per la crescita e corretta educazione del minore”⁵².

La costruzione argomentativa del Tribunale di Reggio Calabria sembra avere riscontro nell’impianto costituzionale in quanto, nonostante la Costituzione tuteli l’autonomia della famiglia, non legittima una totale assenza di “qualsiasi interferenza *ab esterno*”⁵³.

Da un lato infatti lo Stato repubblicano rifiuta ogni ideologia di Stato che abbia come fine quello di uniformare l’educazione morale e intellettuale delle nuove generazioni a valori e principi imposti

⁴⁷ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, 5; così anche Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14.

⁴⁸ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, 5.

⁴⁹ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 25.10.2016, 14.

⁵⁰ Cass. Sez. I, 10 aprile 2011, n. 5652.

⁵¹ Trib. min. Reggio Calabria, decreto 22.04.2013.

⁵² Trib. min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, 5.

⁵³ R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile* cit., 21.

dalla legge, dall'altro però il disegno costituzionale prevede che il processo di formazione dei soggetti minori sia vincolato, sulla base dell'articolo 2, allo sviluppo della loro personalità all'interno dei valori che la Carta costituzionale indica come fondamentali per la formazione morale e intellettuale dei giovani⁵⁴.

Possiamo allora concludere che nonostante esista un'ampia libertà di educazione e sia vista con sfavore un'uniforme "educazione di stato" che annulli il pluralismo e le differenze culturali, tale libertà "non fa venire meno il disegno costituzionale che vuole l'intero processo di formazione del minore vincolato, *ex art. 2 Cost.*, all'integrale sviluppo della sua personalità"⁵⁵ in un quadro che deve risultare solidale con i valori costituzionali.

L'autonomia garantita dagli artt. 29 e 30 della Costituzione, infatti, non deve essere intesa come una dissociazione fra educazione familiare e valori generali della collettività.

Oltre al dettato costituzionale, i contenuti minimi della proposta educativa devono essere identificati nella normativa pattizia. Nei provvedimenti, come abbiamo già detto, è stato richiamato frequentemente l'articolo 29 della Convenzione di New York in cui si legge che gli Stati convengono che l'educazione del fanciullo deve avere come finalità quella di favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo, nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche, in tutta la loro potenzialità. Il progetto educativo deve inoltre sviluppare nel fanciullo il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite. Altri elementi essenziali dell'educazione sono il rispetto dei suoi genitori, della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese nel quale vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua. Una buona educazione dovrebbe porsi l'obiettivo di preparare il fanciullo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di uguaglianza tra i sessi e di amicizia tra tutti i popoli e gruppi etnici, nazionali e religiosi, e delle persone di origine autoctona. Infine, dovrebbe sviluppare nel fanciullo il rispetto dell'ambiente naturale.

Di conseguenza, nel momento in cui la famiglia risulti uno strumento di pregiudizio per il pieno sviluppo della personalità del minore, il giudice minorile può intervenire per regolarne i rapporti.

Ritengo per cui che i provvedimenti di Reggio Calabria, prevedendo un limite al diritto dei genitori di educare i propri figli, non facciano altro che applicare i principi costituzionali e internazionali. Questo limite si trova nell'obbligo del rispetto dei principi costituzionali e dei valori fondamentali della civile convivenza a prescindere dal contesto sociale di provenienza⁵⁶. La corte, dunque, non nega che il dovere/diritto dei genitori di educare i propri figli sia caratterizzato da un'ampia discrezionalità rispetto ai modelli ai quali ispirare la funzione educativa ma chiarisce un punto importante: il modello educativo non può comunque porsi in contrasto con la cornice di principi e valori comuni della convivenza civile, sanciti sia a livello costituzionale sia a livello internazionale. Tali valori costituiscono una soglia insuperabile della discrezionalità educativa, oltrepassata la quale si configurerà una violazione dei doveri o un abuso dei poteri derivanti dalla responsabilità genitoriale, giustificando, nell'interesse del minore, l'intervento dell'autorità giudiziaria⁵⁷.

Tali limiti alla responsabilità genitoriale, minimo etico imprescindibile per una convivenza civile⁵⁸, sono stati individuati anche dalla dottrina nei principi fondamentali della Costituzione⁵⁹ e della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶⁰.

⁵⁴ Si veda S. CASABONA, *Pedagogia dell'odio* cit.

⁵⁵ S. CASABONA, *Decadenza dalla responsabilità* cit.

⁵⁶ R. CASABONA, *Le potenzialità della Giustizia minorile* cit., 20.

⁵⁷ R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile* cit., 23. Su questo punto, si veda anche S. CASABONA, *Decadenza dalla responsabilità* cit.

⁵⁸ M. SESTA, *Genitori e figli, tra potestà e responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, n.2/2000, 237.

⁵⁹ M. G. AUTORINO STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza, Trattato teorico-pratico*, I, Torino, 2005; C. CARICATO, *Il rapporto di filiazione*, in S. PATTI, M. G. CUBEDDU (a cura di), *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2011, 923-935.

⁶⁰ G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 1/2005, 72-80.

Crescere nella propria famiglia d'origine è certamente un diritto che ha carattere fondamentale ma non può essere considerato assoluto. Il diritto a vivere con i propri genitori, proprio in virtù dell'interesse del minore, deve essere, infatti, bilanciato con un altro diritto, anch'esso fondamentale, che è quello di ricevere un'educazione responsabile e responsabilizzante che preservi il giovane dai rischi connessi alla trasgressione delle comuni norme del vivere civile.

La peculiarità dell'interpretazione dell'interesse del minore del Tribunale di Reggio Calabria quindi risiede nel privilegiare il diritto ad avere un'educazione responsabile rispetto al diritto di vivere ed essere educato dai propri genitori, qualora i due diritti si pongano in contrasto.

In quest'ottica, l'indottrinamento mafioso che determini un concreto pregiudizio ai minori è un modello educativo che si pone oltre il limite descritto e di conseguenza tale circostanza richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria attraverso i provvedimenti *de potestate* che l'ordinamento gli fornisce.

Antonio Ruggeri

La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale (a margine di [Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017](#))*

SOMMARIO: 1. *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti, lo scontro tra libertà religiosa e sicurezza, la mancata ricerca di una soluzione tra di esse autenticamente mediana e conciliante.* – 2. *Un punto di cruciale rilievo sovente trascurato: aprendosi e piegandosi davanti ad altre culture, la Costituzione si esalta ed afferma a pieno, nell'intera tavola dei valori fondamentali, tra i quali v'è anche la libertà religiosa.* – 3. *La via piana da battere per riconciliare i valori costituzionali in conflitto, a mezzo di una disciplina legislativa duttile, essenzialmente per principia, accompagnata da regole prodotte dal giudice per le esigenze del singolo caso.*

1. *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti, lo scontro tra libertà religiosa e sicurezza, la mancata ricerca di una soluzione tra di esse autenticamente mediana e conciliante*

Alle volte si danno pronunzie dei giudici, quale [quella](#) qui rapidamente annotata, dall'oggetto apparentemente circoscritto ma che disvelano un ampio scenario: la soluzione adottata infatti – la si condivida o meno – evoca in campo i principi fondamentali dell'ordinamento e mette alla prova le categorie teoriche volte alla loro composizione in sistema e la stessa idea di Costituzione che vi sta alla base.

Avverto subito che non intendo discutere nel merito la decisione né porla a confronto coi precedenti della stessa Cassazione, riprendendo in considerazione i molti commenti di vario segno che li hanno accompagnati¹: non mi schiererò, dunque, dalla parte di coloro che l'hanno elogiata, pur avanzando riserve circa la sufficienza della motivazione addotta a suo sostegno, facendo notare che il bene della sicurezza non avrebbe potuto comunque esser pretermesso, né mi disporrò sul fronte opposto di chi si è dichiarato dell'idea che la libertà religiosa degli indiani *sikh* avrebbe potuto esser salvaguardata, così come d'altronde si è fatto (e si fa) in altri ordinamenti, dove persino ai giovani che frequentano le scuole si dà modo di portare con sé il *kirpan*². Piuttosto, mi preme solo rilevare come la decisione sia sbagliata nel metodo e, di conseguenza, nello strumentario teorico utilizzato per pervenire alla meta avuta di mira. Una pronunzia, insomma, sbrigativa (solo qualche paginetta è utilizzata per chiudere la partita) e, soprattutto, non adeguatamente argomentata e, anzi, a dirla tutta, appannata e confusa in qualche passaggio su punti di cruciale rilievo.

Muovo da un dato che mi parrebbe indiscutibile; ed è che, per il modo con cui la questione è stata impostata e risolta, il contrasto tra la libertà religiosa e la sicurezza si presentava come irriducibile. Siamo però certi che le cose stessero davvero così e che non potesse dunque ricercarsi una soluzione autenticamente mediana e conciliante tra i valori in campo? Sappiamo infatti che nessun valore può avanzare l'insana pretesa alla propria “tirannica” affermazione sugli altri e che tutti, proprio perché

* Ho sottoposto una prima versione di questa nota ad A. Licastro, A. Morelli e C. Salazar, nei cui riguardi mi sento particolarmente debitore per le numerose e pertinenti osservazioni ed indicazioni ricevute. Solo io, nondimeno, sono responsabile di ciò che è qui scritto.

¹ Un chiaro ed esaustivo quadro ricostruttivo può, al riguardo, vedersi in A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 1/2017, 16 gennaio 2017.

² V., rispettivamente, A. MORELLI, *Cassazione: è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»*, in [MessinOrdine](#), *Habeas corpus*, 18 maggio 2017, e M. INTROVIGNE, *Portare un coltello sempre con sé, il “kirpan” è obbligatorio per i fedeli sikh, ma la Cassazione lo ha vietato. È un caso di violazione della libertà religiosa?*, in [ilsussidiario.net](#), 16 maggio 2017, che richiama la [pronunzia del 2006 della Corte suprema canadese nel caso Multani](#).

parimenti fondamentali³, richiedono di partecipare ad operazioni di mutuo “bilanciamento” – come è d’uso dire –, nell’intento di potersi incontrare a mezza via, ciascuno arretrando in parte davanti al bisogno di realizzazione dell’altro.

Laddove, infatti, dovesse rivelarsi impossibile la piena e congiunta affermazione dei valori evocati in campo dal caso, si da prevenire il conflitto attingendo alle formidabili risorse apprestate dalla teoria dell’interpretazione⁴ e avvalendosi sapientemente delle tecniche di giudizio disponibili, la soluzione “mite” del loro parziale sacrificio è quella da preferire rispetto all’altra, pure talora inevitabile, del momentaneo accantonamento dell’un valore o principio⁵ a fronte del bisogno di affermazione dell’altro (o degli altri).

Si dà un criterio o – se si preferisce – un parametro o – diciamo pure – un “metaprincipio” che presiede alle operazioni di bilanciamento assiologicamente orientate⁶, ed è quello della massimizzazione della tutela dei beni della vita costituzionalmente protetti⁷, considerati nel loro fare “sistema”⁸. Pur laddove, infatti, dovesse essere messo da canto, unicamente per le esigenze del singolo caso, uno dei valori in gioco – come ha oggi fatto la Cassazione –, occorre ogni volta dare la prova che la soluzione accolta è quella idonea a servire al meglio la Costituzione come “sistema”, a darle modo cioè di affermarsi – per riprendere la fortunata espressione di una non dimenticata dottrina⁹ – *magis ut valeat*.

Si è fatto tesoro di questa indicazione metodico-teorica nella circostanza odierna? Se ne può dubitare; e tento di spiegare perché.

La Cassazione non si trattiene dallo scoprire subito le proprie carte, al fine di obbligare i credenti *sikh* a lasciare a casa il *kirpan*. Allo scopo, fa appello alla esistenza di un “nucleo comune” di valori “in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere”, richiamando quindi i primi¹⁰ a “conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale”. Una espressione, la prima, ambigua ed

³ L’avverbio è ridondante; ciò nonostante, reputo opportuno lasciarlo per rimarcare la parità tra i beni della vita in gioco e, perciò, tra le norme costituzionali che vi danno “copertura”.

⁴ Tanto più rilevanti in relazione ad enunciati dalla trama strutturale larga (o larghissima), quali sono quelli che esprimono principi fondamentali e/o che danno riconoscimento ai diritti costituzionali.

⁵ Non indugio qui sulla vessata questione teorica relativa alla distinzione tra valori e principi fondamentali né sottopongo a nuovo esame critico la parimenti vessata questione se le operazioni di bilanciamento hanno ad oggetto gli uni o gli altri ovvero ancora direttamente ed esclusivamente i beni della vita o interessi dagli stessi riguardati. Per scorrevolezza espositiva, adopero dunque in modo promiscuo termini nondimeno bisognosi delle opportune precisazioni concettuali.

⁶ Se n’è fatto – come si sa – largo utilizzo sul terreno dei rapporti tra CEDU e diritto interno, specie dopo [Corte cost. n. 317 del 2009](#).

⁷ Al principio in parola la dottrina si è, specie di recente, molto dedicata, pur con varietà d’impostazione e di svolgimenti [tra gli altri, G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, 217 ss., e L. D’ANDREA, *A mo’ di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.].

⁸ Sulla necessità di riguardare ogni volta alla Costituzione come “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente insistito (tra le altre, v. le [decisioni nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 85, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#); [63 del 2016](#); [124 del 2017](#)).

⁹ Mi piace qui, nuovamente, fare il nome di un autentico Maestro, Vezio Crisafulli, che quella espressione ha coniato e che sovente è invece indebitamente trascurato, specie dai giovani studiosi, per il malvezzo di fare richiamo unicamente degli ultimi scritti apparsi sui temi di cui ci si occupa.

¹⁰ È superfluo precisare che il discorso vale anche per i non immigrati, da questi convertiti alla loro causa.

evanescente¹¹ e, la seconda, infelice, giustamente attaccata dai primi annotatori¹², pur se fatta a mia opinione oggetto di una eccessiva sottolineatura. Non mi pare, infatti, che la decisione puntasse all'affermazione del modello "assimilazionista", obbligando i soggetti portatori di un patrimonio culturale distante da quello proprio delle liberal-democrazie a dismetterlo per adottare in sua vece il patrimonio del paese ospitante¹³. Il rigo sopra quello in cui l'affermazione è contenuta, il giudice della legittimità si fa invero premura di rilevare che "l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale", allo stesso tempo però sollecitandosi, poco più sotto, i soggetti stessi a prestare "rispetto" per i valori della società in cui si stabiliscono¹⁴.

Improprio è, poi, il richiamo, perlomeno nei termini in cui è fatto¹⁵, al controverso concetto di "ordine pubblico" ed alla sua assunzione a limite della libertà religiosa¹⁶; il risultato pratico, nondimeno, non cambia. Anche infatti ad escludere in partenza, secondo quanto ha da tempo rilevato con pertinenti argomenti la migliore dottrina, che la libertà in parola vada *per sistema* o *in astratto* soggetta a tale limite, la stessa può, ad ogni buon conto, trovarsi *in concreto* a partecipare ad operazioni di bilanciamento con altri beni o interessi costituzionalmente protetti, tra i quali appunto la sicurezza¹⁷, così come però – qui è il punto – anche questa con quella, senza alcun ordine gerarchico preconstituito, improponibile al piano dei rapporti tra principi (*ugualmente*) fondamentali.

Ciò che, nondimeno, sopra ogni cosa appare fuori posto o, diciamo pure, posticcio è la partenza del succinto ragionamento svolto dal giudice della legittimità, col riferimento in esso fatto al "nucleo comune" suddetto, il quale in realtà mal si accorda con gli svolgimenti argomentativi subito di seguito fatti, dai quali si rende palese che, in presenza di un conflitto irriducibile tra culture (nella loro struttura assiologicamente connotata), è colui che è ospitato a doversi fare interamente da parte, piegando i propri agli altrui valori.

L'idea di "nucleo" – nell'orizzonte teorico "difensivo" della identità costituzionale minacciata dalle pratiche religiose dei *sikh*, in cui s'inscrive il ragionamento stesso¹⁸ – è qui, dunque, enunciata

¹¹ ... così come, d'altronde, è l'idea stessa di "nucleo duro", stancamente da numerosa dottrina (e giurisprudenza) qualificato quale l'espressione massima, intangibile ed indisponibile, della identità costituzionale, nella sua accezione assiologicamente orientata su cui si dirà di qui a momenti (per tutti, v. AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006).

¹² Ancora A. MORELLI, nello scritto sopra richiamato; cfr. i puntuali rilievi di R. BIN, *Il problema non è il Kirpan ma la stampa*, in [laCostituzione.info](#), 16 maggio 2017, e A. LICASTRO, *La questione del kirpan tra esigenze di sicurezza e suggestioni «assimilazionistiche»*, in [MessinOrdine](#), *Habeas corpus*, 23 maggio 2017.

¹³ A giudizio di A. LICASTRO, *ult. cit.*, lo stesso fatto per cui "comune" ha da essere unicamente un "nucleo" di valori in cui tutti devono riconoscersi testimonia che la decisione qui annotata non si ispira ad una logica "assimilazionista". Il punto è, però, che dopo aver accennato al "nucleo" in parola, la decisione chiama gli immigrati al rispetto dei valori del paese ospitante, senza alcuna condizione o limitazione (v., infatti, subito *infra* nel testo).

¹⁴ Tutti i riferimenti sono tratti dal punto 2.3 del *cons. in dir.* Sui problemi della integrazione, da ultimo, pertinenti rilievi sono in V. BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, in [dirittifondamentali.it](#), 1/2017, 22 maggio 2017 (con specifico riguardo alla questione qui discussa, v. il § 7).

¹⁵ ... [al punto 2.4 del cons. in dir.](#)

¹⁶ Preoccupate notazioni al riguardo sono affacciate in un comunicato dell'Associazione dei docenti universitari della disciplina giuridica del fenomeno religioso (ADEC) del 17 maggio scorso.

¹⁷ Lo rileva la stessa Cassazione, adducendo peraltro a sostegno del suo argomentare riferimenti alla giurisprudenza europea ([punti 2.5 e 2.6 del cons. in dir.](#)).

¹⁸ Anche in altri campi di esperienza e con riguardo a vicende che in essi hanno forma e svolgimento, come a riguardo dei rapporti (e degli eventuali conflitti) tra norme eurounitarie e norme interne, la Corte accredita l'idea che l'identità costituzionale, rivista in prospettiva assiologicamente orientata (quale risultante, cioè, dal patrimonio dei valori fondamentali dell'ordinamento), laddove minacciata dall'esterno richieda di essere ad ogni costo salvaguardata nella sua integrità; accredita, dunque, una rappresentazione teorico-ricostruttiva che vede la cittadella statale rinchiudersi in se stessa, a difesa delle sue mura portanti (i valori), davanti all'attacco infertole dall'"invasore".

Basti solo rileggere l'ordinanza di rinvio pregiudiziale su [Taricco](#) per avere una chiara testimonianza di quest'*animus* "difensivo" e nazionalista (nel deteriore significato del termine), di cui il nostro giudice delle leggi si fa paladino (tra i molti commenti, per tutti, v. AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017). Si dà, tuttavia, in tal modo – come si è tentato di mostrare in altri luoghi [e, tra questi, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che](#)

ma tosto abbandonata: il conflitto c'è e non può essere mascherato o, come che sia, temperato da sue edulcorate rappresentazioni teoriche. Ed allora – come si diceva – è da chiedersi se non vi fosse davvero spazio alcuno per una soluzione autenticamente compromissoria.

2. Un punto di cruciale rilievo sovente trascurato: aprendosi e piegandosi davanti ad altre culture, la Costituzione si esalta ed afferma a pieno, nell'intera tavola dei valori fondamentali, tra i quali v'è anche la libertà religiosa

Prima di dirne, mi preme tuttavia richiamare l'attenzione su un punto, sovente trascurato anche dalla più avveduta dottrina; ed è che, in congiunture quale quella che ha occasionato questo succinto commento, non si tratta – si badi – di far concessioni “all'altro”, di far cioè, seppur in parte, ripiegare la nostra Carta costituzionale, con la tavola dei valori in essa iscritta, all'incontro (o allo scontro) con altra tavola costituzionale, di cui intendono farsi custodi i portatori di culture diverse.

È questo un modo sbagliato di vedere le cose, esattamente come lo è quello che si ha laddove si descrivano i rapporti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale, facendosi notare che il primo si trova obbligato a sia pur parziali concessioni a beneficio del secondo.

Quando infatti entrano in campo e si fanno valere le “limitazioni di sovranità” di cui è parola nell'art. 11 della Carta, ciò si fa pur sempre in nome di altri valori della Carta stessa, e segnatamente di quelli di cui agli artt. 2 e 3, componenti – piace a me dire – la “coppia assiologica fondamentale” dell'ordinamento¹⁹. Per avvedersene a pieno, è sufficiente rammentare la ragione per la quale il principio della pace e della giustizia tra le Nazioni è stato iscritto in Costituzione, assurgendo a valore fondamentale dell'ordinamento. Dopo l'immane tragedia del secondo conflitto bellico, che aveva visto la libertà e l'eguaglianza (e, risalendo, la dignità, di cui esse sono strumento e al contempo espressione) soffocate da uomini fattisi belve, il principio dell'art. 11 è stato posto *proprio* al fine di evitare che tutto ciò potesse ripetersi. Insomma, non può esservi né piena libertà ed eguaglianza né garanzia efficace delle stesse se nel contesto internazionale non si affermano la pace e la giustizia. Nel momento, dunque, in cui l'ordinamento interno si piega davanti ad organizzazioni internazionali costituite allo scopo di salvaguardare questi valori, lo fa anche (e soprattutto) al fine di far affermare e garantire al meglio, alle condizioni oggettive date, la coppia assiologica suddetta, nel suo fare “sistema” coi valori restanti²⁰.

[espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), nell'op. coll. sopra cit., 393 ss., nonché in [Consulta OnLine, Studi 2017/I](#), 27 febbraio 2017, 81 ss.] – una immagine parziale e, a conti fatti, distorsiva della identità costituzionale, sol che si pensi che della stessa fa parte anche il principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale: un'apertura – è appena il caso qui di rammentare – ovviamente non indiscriminata né, all'opposto, sistematicamente soggetta alla osservanza di ogni altro principio fondamentale, come invece opinano i sostenitori della teoria dei “controlimiti”, bensì bisognosa appunto di confrontarsi ad armi pari, nelle vicende processuali che la vedono per protagonista, con gli altri principi di base della Carta. Allo stesso modo – è doveroso qui pure rammentare – parziale e distorsiva è la descrizione che della identità costituzionale dell'Unione fa la Corte di giustizia, nel momento in cui vorrebbe l'incondizionata affermazione del principio del primato su ogni altro principio fondamentale dell'Unione stessa, segnatamente su quello del rispetto dei principi di struttura degli Stati membri, di cui all'art. 4.2 TUE (ulteriori precisazioni sul punto, a breve).

¹⁹ In questi termini se ne discorre, tra gli altri miei scritti, in *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 18 maggio 2017, 4.

²⁰ E questo, unitamente ad altro, spiega perché non abbia alcun senso, dalla prospettiva metodico-teorica qui nuovamente adottata, discorrere dei principi fondamentali dell'ordinamento quali “controlimiti” *per sistema* opponibili all'ingresso in ambito interno di norme di origine esterna con l'uno o l'altro di essi incompatibili. Di contro, si tratta ogni volta di stabilire dove si situi la miglior tutela per la Costituzione come “sistema”, non escludendosi che proprio grazie a siffatto ingresso la Costituzione ne abbia un guadagno, malgrado il sacrificio imposto ad uno dei suoi principi, così come, all'inverso, neppure può escludersi il caso che norme sovranazionali astrattamente compatibili con l'intera Carta risultino meno attrezzate di norme interne a servire la Costituzione come “sistema”, sì da doversi comunque fare da canto. Emblematico, in tal senso, è il riconoscimento che tanto la CEDU quanto la Carta di Nizza-Strasburgo fanno, entrambe all'art. 53, della loro natura “sussidiaria”, esse stesse dunque intendendo farsi da parte laddove in ambito interno sia offerta ai diritti una più elevata tutela. È sempre (e solo) il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela, infatti, a

Il principio dell'apertura all'altro (e all'alto), alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (quale l'Unione europea), ha dunque anche una *proiezione interna*, in vista della ottimale affermazione della Costituzione come "sistema". Il principio in parola – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – non è un elemento estraneo nel corpo costituzionale, quale un organo trapiantato che può provocare crisi di rigetto; è, di contro, componente essenziale del nostro DNA costituzionale, è – semplicemente – uno dei *nostri* principi fondamentali, idoneo per la sua parte a porsi al servizio degli altri principi fondamentali, come pure però a ricevere da questi conferma e sostegno.

Così è pure nel caso nostro.

La libertà religiosa – è superfluo dover qui rammentare – è uno dei *nostri* principi fondamentali, anzi è la prima delle libertà storicamente rivendicata dall'uomo, senza la quale le altre libertà restano prive di teorico e pratico senso. Offrire protezione a chi fa appello a tale libertà – non importa, ovviamente, se cittadino o non cittadino – equivale, nei fatti, a consentire alla coppia assiologica suddetta di ricevere adeguato appagamento, senza il quale – è parimenti superfluo dover rammentare – non ha senso alcuno discorrere di una "civiltà giuridica della società ospitante". Prestare rispetto alla libertà religiosa è far valere, in una vicenda data, i valori della *nostra* civiltà. Non vi è solo la sicurezza ad aver bisogno di protezione ma ce l'hanno *tutti* i valori, e tutti in pari misura.

Anche la sicurezza, ad ogni buon conto, reclama le proprie ragioni e richiede di comporsi in sistema con la libertà religiosa (e gli altri valori fondamentali).

Torna allora la domanda di partenza: avrebbe potuto farsi diversamente?

3. La via piana da battere per riconciliare i valori costituzionali in conflitto, a mezzo di una disciplina legislativa duttile, essenzialmente per principia, accompagnata da regole prodotte dal giudice per le esigenze del singolo caso

La risposta affermativa era già stata prospettata da tempo da una sensibile dottrina²¹. Sarebbe bastato (o un domani basterebbe) rendere inoffensivo il *kirpan* (ad es., arrotondandone la punta o legandolo alla custodia) per avere la congiunta salvaguardia dei valori in gioco²². Chiaramente l'irrigidimento dei *sikh* al riguardo non potrebbe considerarsi ragionevole²³, esattamente però così come, specularmente, non lo è la soluzione che preclude in partenza l'appagamento della libertà religiosa.

Se si condivide l'impostazione qui data alla questione, occorre allora chiedersi come farvi luogo.

Qui, il problema si sposta al piano dei rapporti istituzionali, per un verso, ed a quello delle tecniche decisorie, per un altro.

governare le vicende delle norme e a darne la finale sistemazione, secondo i casi. Non sembra, ancora da ultimo, tener conto di questa indicazione teorica una pur accreditata dottrina [M. LUCIANI, Intelligenti pauca. *Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ultimo par.], nel momento in cui prospetta una lettura dell'art. 11 tale da mettere comunque al riparo i principi fondamentali restanti: come se, insomma, in esso fosse aggiunto un disposto finale (che, tuttavia, non c'è...) secondo cui le limitazioni di sovranità, di cui ivi si discorre, possono aversi alla sola condizione che sia assicurata integrale salvaguardia ai principi restanti. Mi chiedo, però, se – aggiunta per aggiunta – ciò non possa valere anche per gli altri principi... Si potrebbe, ad es., leggere l'art. 2 o il 3 nel senso che quanto sta in essi scritto vale alla condizione che sia salvaguardata la pace e la giustizia tra le Nazioni?

²¹ Vi accenna, sul finire del suo articolato ragionamento, A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh*, cit.

²² *Mutatis mutandis* la soluzione è valevole per altri conflitti di valore aventi la radice da cui si alimentano nel fattore religioso o culturale in genere: ad es., con riferimento alle mutilazioni genitali cui le fanciulle in tenera età sono sottoposte, circola da tempo la proposta di far luogo ad un intervento chirurgico mininvasivo, fatto in condizioni di assoluta sicurezza e da personale medico, per aver, ancora una volta, prevenuto il conflitto grazie ad una soluzione "mite" e conciliante.

²³ Richiamando *Eweida e altri c. Regno Unito*, la Cassazione si fa cura di rammentare che alcuni dipendenti di religione *sikh* si erano dichiarati disponibili a non portare turbanti o *kirpan* in luoghi di lavoro, lasciando così intendere non essere categorico il precetto religioso cui essi sono chiamati a prestare osservanza.

La vicenda cui si riferisce questo breve commento, infatti, rende per la sua parte tangibile testimonianza di come, nel presente contesto multiculturale (e tendenzialmente interculturale²⁴), occorra rifuggire, specificamente laddove siano in gioco diritti fondamentali, da soluzioni normative rigide e trancianti, fatalmente portate a scontrarsi con la varietà dei casi ed a richiedere aggiustamenti e temperamenti varî per forma ed intensità, secondo quanto dimostrano ricorrenti vicende che hanno visto la Consulta obbligata ad incisivi interventi sui testi di legge portati alla sua cognizione, alla ricerca di soluzioni autenticamente “bilanciate” e complessivamente appaganti, per la cui affermazione assai spesso si è reso (e si rende) necessario il ricorso allo strumento delle additive di principio²⁵.

Non è a caso, d'altronde, che la giurisprudenza costituzionale in molti casi si sia orientata (e si orienti) avverso i c.d. automatismi legislativi²⁶, convertendo dunque un dettato legislativo afflitto da eccessiva rigidità di struttura in uno maggiormente duttile attraverso la “delega” fatta in concreto all'operatore di turno (e, segnatamente, al giudice) in vista dell'ottimale composizione dei valori in gioco²⁷.

Se ne ha che lo scenario più adeguato alle complesse esigenze del multiculturalismo, l'orizzonte cioè verso il quale risolutamente puntare, è quello che risulta connotato da un equilibrio tra legislazione e giurisdizione ad oggi sovente mancante²⁸. Ciò che può aversi nel modo migliore ogni qual volta le leggi si dotino di contenuti essenziali, esprimendosi dunque in buona sostanza a mezzo di *principi* e rimandando quindi per i loro opportuni svolgimenti a *regole* di volta in volta scritte dal giudice, in ragione dei casi e delle loro complessive esigenze²⁹.

In tal modo, i casi stessi risulteranno governati dall'insieme principio-regola, chiamati a fare corpo unico, “blocco”, e articolandosi variamente a seconda delle vicende nei quali sono fatti valere,

²⁴ Per questa opportuna precisazione, tra gli altri, L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 aprile 2009; V. BALDINI, *La società multiculturale come “questione” giuridica*, nella *rivista telematica del Gruppo di Pisa*, 15 febbraio 2011; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano 2012; A. RANDAZZO, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 401 ss.

²⁵ Molti gli esempi che potrebbero al riguardo farsi, specie con riferimento alle esperienze d'inizio-vita, al riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, al sovraffollamento carcerario, ecc.

²⁶ Così, ad es., con riferimento a norme di legge che prevedevano l'automatica perdita della potestà (*rectius*, responsabilità) genitoriale per soggetti resisi responsabili di gravi reati, caducate alla luce del principio del preminente interesse del minore, bisognoso di essere vagliato caso per caso, con apprezzamento che non può che esser rimesso al giudice (tra le molte altre, v. *Corte cost. nn. 31 del 2012*, *76* e *90 del 2017*).

²⁷ Una vigorosa sottolineatura del ruolo del giudice a salvaguardia dei diritti, specie in campo di biodiritto, è in R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, ora, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, in corso di stampa per i tipi della ESI.

²⁸ Con riguardo alla giurisprudenza sugli automatismi suddetti, una sensibile dottrina ha fatto notare che il vero obiettivo dalla stessa avuto di mira è proprio quello del riequilibrio dei rapporti istituzionali tra legislatore e giudici, riposizionando i confini dei rispettivi campi d'intervento (A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, intervento alla tavola rotonda su *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, svoltasi il 15 dicembre 2016 a Pisa in ricordo di A. Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa, in *paper*).

²⁹ L'opzione per discipline legislative “miti” o “leggere” trova crescenti consensi tra gli studiosi: ad es., per ciò che attiene alla procreazione medicalmente assistita, tra gli altri, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168, nonché, se si vuole, il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

secondo ragionevolezza, una ragionevolezza – come si vede – assiologicamente orientata, siccome volta ad offrire un servizio alla Costituzione come “sistema”³⁰.

Cosa, allora, avrebbe potuto fare, in linea col modello teorico qui appena abbozzato, la Cassazione allo scopo di agevolare una equilibrata composizione di libertà religiosa e sicurezza?

A mia opinione, avrebbe dovuto sollecitare l'intervento della Consulta a finalità di temperamento del dettato legislativo, a mezzo di una pronunzia additiva, volta a fissare il principio secondo cui per motivi di credenza religiosa è consentito portare in pubblico armi o analoghi strumenti, a condizione che siano resi inoffensivi, ancorché ciò non risulti immediatamente palese³¹; in svolgimento ed entro la cornice poi dal principio stesso fissata, potrà quindi aversi la produzione da parte dei giudici comuni delle regole di volta in volta maggiormente congrue rispetto alle esigenze dei casi³². Solo in tal modo, a mia opinione, l'operazione di giustizia costituzionale può giungere alla sua opportuna maturazione, ad opera dei “terminali” (i giudici comuni) presso i quali essa può appunto perfezionarsi, tipizzandosi quindi variamente in ragione dei casi.

La soluzione qui caldeggiata, poi, si fa consigliare a motivo del fatto che nulla esclude che possano darsi giudici che non si riconoscano nel punto di vista della Cassazione³³, adducendo il fattore religioso a “giustificato motivo” del comportamento del fedele e, però, in tal modo esponendo pur tuttavia a rischio la sicurezza. Il principio aggiunto dalla Consulta, in vece del legislatore, fa chiarezza nel quadro, allo stesso tempo conciliando – come si è tentato di mostrare – i beni della vita in campo (e i principi della Carta che vi danno “copertura”).

Una vicenda apparentemente circoscritta *quoad obiectum*, quella del *kirpan*, ma non per ciò di secondario rilievo per la teoria costituzionale e – ciò che più importa – un autentico *test* per il riscontro della effettiva capacità di tenuta degli equilibri istituzionali e di affermazione dei valori costituzionali; e, allo stesso tempo, un banco di prova per la verifica dell'idea di Costituzione, di cui vogliamo farci portatori, della sua idoneità a dar voce a tutti i valori, senza semplificazioni eccessive o intollerabili torsioni, non scartandosene *a priori* alcuno in nome di un malinteso ed ingenuo patriottismo o, peggio, nazionalismo costituzionale.

³⁰ Interessanti notazioni a riguardo del modo con cui principi e regole possono integrarsi secondo ragionevolezza possono ora vedersi in G. PERLINGIERI, *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Ann. SISDiC*, 1/2017, 25 ss.

³¹ ... come nell'esempio dietro fatto dell'arrotondamento della punta del *kirpan*, che potrebbe rimanere celata anche agli appartenenti al credo religioso dei *sikh*.

³² Si presti attenzione alla differenza tra lo scenario che si sarebbe avuto qualora si fosse avuta la cassazione senza rinvio della pronunzia impugnata davanti al giudice della legittimità, così come richiesto dal pubblico ministero, e la proposta qui affacciata nel testo. Per l'uno, sarebbe toccato al giudice dichiarare la sussistenza del “giustificato motivo”, di cui discorre l'art. 4 della legge n. 110 del 1975, a beneficio dei soggetti portatori del *kirpan*, *così com'è*; per l'altra, di contro, si dovrebbe imporre con legge, alla luce del principio aggiunto dalla Corte, l'obbligo a carico dei soggetti stessi di rendere inoffensivo il *kirpan*, restando poi rimesso il relativo accertamento nei singoli casi al giudice.

³³ D'altronde, è già accaduto: così, il [tribunale di Cremona](#) ha mandato assolto un fedele *sikh* che portava il *kirpan* in un centro commerciale (sent. 19 febbraio 2009, di cui si mostra ignara la pronunzia della Cassazione qui annotata).

Marcello Di Francesco Torregrossa
L'amicizia virtuale su Facebook e il reale conflitto di interessi
(a margine di TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, sent. 3 maggio 2017, n. 281)

SOMMARIO: 1. *Quadro di riferimento legislativo e giurisprudenziale delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. in materia concorsuale.* – 2. *La sentenza del TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 maggio 2017, n. 281.* – 3. *Facebook come spazio privato aperto al pubblico dove può nascere un potenziale conflitto di interessi.*

1. *Quadro di riferimento legislativo e giurisprudenziale delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. in materia concorsuale.*

Il principio di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione, trova una specifica e rilevante attuazione nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 – recante disposizioni in materia di “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*” – laddove l'art. 35 stabilisce che “*l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro tramite procedure selettive, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno*”. In particolare, ai fini di un legittimo e valido espletamento della suddetta procedura di reclutamento, la commissione giudicatrice deve essere composta esclusivamente “*con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali*”.

Oltre a puntuali previsioni in merito alla composizione e agli adempimenti dell'organo esaminatore, maggiormente specificate nel d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 (“*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzioni nei pubblici impieghi*”) e dirette in concreto alla salvaguardia della trasparenza e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la giurisprudenza amministrativa, ormai consolidata, ritiene possibile estendere l'applicazione delle cause di incompatibilità ex art. 51 c.p.c. a tutti i campi dell'azione amministrativa, comprendendo così anche la materia concorsuale, nell'ottica di una trasparenza soggettiva di ciascuno dei componenti della commissione, in modo tale da garantire i principi sottesi alla funzione pubblica¹.

Sotto questo profilo, tuttavia, le esigenze di certezza dell'azione amministrativa e di stabilità della composizione delle commissioni giudicatrici risultano comunque tutelate dalla natura tassativa di dette clausole di incompatibilità, con la conseguenza che, da un lato, non é in alcun modo consentita una interpretazione estensiva o una applicazione analogica di quest'ultime e, su altro versante, l'obbligo di astensione ricorre unicamente nel caso sia presente una delle condizioni elencate all'art. 51 del codice di procedura civile².

¹ Cfr. TAR Liguria, Genova, sez. II, 29.05.2009, n. 1249; TAR Lazio, Latina, sez. I, 4.11.2009, n. 1048; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6.12.2010, n. 35389.

² Ai sensi dell'art. 51 c.p.c. (Astensione del giudice) “*Il giudice ha l'obbligo di astenersi:*

- 1) *se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;*
- 2) *se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;*
- 3) *se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;*
- 4) *se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha depresso in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;*

In tale quadro, a fronte di una rigida elaborazione ermeneutica dei potenziali conflitti di interessi che possono sorgere all'interno di una procedura concorsuale, funzionale per un espletamento corretto della azione amministrativa e soprattutto per evitare uno strumentale utilizzo dilatorio di tale istituto giuridico da parte dei concorrenti medesimi, si registra nella giurisprudenza di merito un orientamento diverso, seppur minoritario, che – in tema di pubbliche commissioni concorsuali – ritiene illegittima la sola applicazione dell'art. 51 c.p.c. alle procedure selettive, dovendosi altresì considerare efficace il dettato normativo dell'art. 6-bis della legge n. 241 del 1990, secondo cui “*il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”³.

Attesi gli ordinari criteri interpretativi, quindi, la norma in esame (introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico con la legge n. 190 del 2012) riguarda indistintamente tutti i procedimenti amministrativi, in quanto essa rappresenta una norma funzionalmente sovraordinata e cronologicamente successiva⁴. A sostegno di ciò, sebbene la suddetta impostazione non sia stata confermata dal Consiglio di Stato nella sua veste di giudice di seconde cure, occorre segnalare la delibera n. 421 del 13 aprile 2016 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale, nell'ambito delle sue competenza *ratione materiae*, ha chiarito come la volontà del legislatore, dopo l'emanazione della legge n. 190/2012, sia quella di “*impedire ab origine il verificarsi di situazioni di interferenza, rendendo assoluto il vincolo dell'astensione, a fronte di qualsiasi posizione che possa, anche in astratto, pregiudicare il principio di imparzialità*”.

In definitiva, le considerazioni effettuate dall'ANAC sembrerebbero permettere una “interpretazione teleologica” dell'art. 51 c.p.c., finalizzata non ad estendere l'operatività della norma *de qua*, bensì a renderla più efficace ed effettiva alla luce delle finalità prefissate dal legislatore.

2. La sentenza del TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 maggio 2017, n. 281

La decisione del TAR Sardegna ha ad oggetto le problematiche giuridiche inerenti all'annullamento di una graduatoria concorsuale, nonché di ogni altro atto presupposto e consequenziale, degli ammessi alla prova orale del concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente per posti comuni della scuola secondaria di primo e secondo grado, in quanto i ricorrenti lamentavano, *inter alia*, la presenza di cause di incompatibilità e inopportunità dovute a pregressi rapporti tra i commissari e i singoli concorrenti, in violazione

5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore”.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 27.04.2015, n. 2119; Cons. Stato, sez. V, 24.07.2014, n. 3956; Cons. Stato, sez. VI, 18.07.2014, n. 3851; Cons. Stato, sez. IV, 19.03.2013, n. 1606; Cons. Stato, sez. VI, 30.07.2013, n. 4015; Cons. Stato, sez. IV, 27.11.2012, n. 4858.

³ Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22.10.2015, n. 402.

⁴ In tal senso, cfr. il TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 19.02.2015, n. 84; il TAR Campania, Salerno, sez. II, 17.03.2014, n. 580 nonché il TAR Sardegna, sez. I, 5.06. 2013, n. 459.

Tuttavia, giova segnalare come il Consiglio di Stato, sez. III, con la decisione 28 aprile 2016, n. 1628, abbia riformato la sentenza n. 402/2015 del T.A.R. Abruzzo, ribadendo la assoluta tassatività delle cause di astensione obbligatoria *ex* all'art. 51 c.p.c., la cui applicazione necessita di un criterio formale, e affermando che, con riferimento all'applicazione degli artt. 1 e 6-bis della legge n. 241/1990 alle commissioni di concorso, la giurisprudenza ha escluso che essi abbiano inciso sui principi consolidati in materia, atteso che “*il dovere di astensione è funzionale al principio di imparzialità della funzione pubblica, di rilievo costituzionale ex art. 97 della Costituzione che deve orientare l'interprete ad un'applicazione ragionevole delle disposizioni in materia, rifuggendo da orientamenti formalistici e riconoscendo invece il giusto valore a quelle situazioni sostanziali suscettibili in concreto di riflettersi negativamente sull'andamento del procedimento per fatti oggettivi*”.

dell'art. 11 d.P.R. 487/1994, degli artt. 51 e 52 c.p.c. e dell'art. 97 della Costituzione.

Segnatamente, attraverso l'allegazione di prove documentali e fotografiche, era contestata la presenza di rapporti di amicizia, frequentazione e confidenza tra alcuni commissari e determinati candidati, avuto riguardo, *in primis*, alla loro partecipazione a corsi di insegnamento effettuati dai primi e tenuto conto, in secondo luogo, dei reciproci contatti emersi dalla pubblicazione di fotografie sul *social network Facebook*.

Nelle proprie considerazioni di diritto, il giudice amministrativo ha ribadito in via preliminare che nei pubblici concorsi i componenti delle commissioni esaminatrici hanno l'obbligo di astenersi solo ed esclusivamente se ricorre una delle condizioni tassativamente previste dall'art. 51 del c.p.c., secondo una valutazione *ex ante* della loro sussistenza e degli effetti potenzialmente distorsivi che il sospetto difetto di imparzialità sia stato idoneo a determinare in relazione alla situazione specifica.

Nel caso in cui il componente della commissione versi in una delle suddette cause di incompatibilità, oltre all'obbligo previsto in capo allo stesso di astenersi dal compimento di atti prodromici allo svolgimento della procedura concorsuale, il legislatore obbliga allo stesso tempo l'amministrazione di disporre la sua sostituzione, al fine di conservare la regolarità della composizione della commissione giudicatrice e tutelare l'esigenza di certezza dell'azione amministrativa, cercando di evitare l'adozione di un provvedimento finale viziato nella sua legittimità da una causa di incompatibilità tra esaminatore e concorrente, intesa come esistenza di una comunanza di interessi economici o di vita tra i due soggetti capace di ingenerare il sospetto che il candidato sia giudicato non in base alle risultanze oggettive della procedura, ma in virtù della conoscenza personale con l'esaminatore⁵.

Con riferimento al caso *de quo*, ed in particolare in ordine alla prima contestazione sollevata dalla parte ricorrente, il Collegio del TAR Sardegna ha affermato, sulla scia di ormai diverse pronunce giurisprudenziali, che *“i rapporti personali di colleganza o di collaborazione tra alcuni componenti della commissione e determinati candidati ammessi alla prova orale non sono sufficienti a configurare un vizio della composizione della commissione stessa, non potendo le cause di incompatibilità previste dall'art. 51 (tra le quali non rientra l'appartenenza allo stesso ufficio e il rapporto di colleganza) essere oggetto di estensione analogica, in assenza di ulteriori e specifici indicatori di una situazione di particolare intensità e sistematicità, tale da dar luogo ad un vero e proprio sodalizio professionale; pertanto, la conoscenza che alcuno dei membri di una commissione di concorso abbia di un candidato, ove non ricada nelle suddette fattispecie tipiche, non implica di per sé la violazione delle regole dell'imparzialità e nemmeno il sospetto della violazione di tali regole”*⁶.

Nello specifico, i c.d. rapporti di colleganza, aventi ad oggetto relazioni personali di collaborazione, ai fini della loro riconduzione all'interno delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c., devono presentare carattere di intensità, sistematicità, stabilità e continuità tale da far supporre l'esistenza di un sodalizio professionale. Per contro, l'assenza di tali indicatori, idonei a far desumere un coinvolgimento particolare tra gli interessi personali dei due soggetti (che possono presentare differenti nature: scientifica, professionale ed economica), non consentono di applicare le tassative ipotesi di incompatibilità automatica ed obbligatoria, ma al più possono integrare un motivo di opportunità, rendendo così l'astensione meramente facoltativa⁷.

⁵ In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014 n. 1577.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 28/04/2016, n. 1628 e, in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. III, 20/01/2016, n. 192, Consiglio di Stato, sez. VI, 23/09/2014, n. 4789.

⁷ La conoscenza che alcuno dei membri di una commissione di concorso abbia di un candidato, ove non ricada nelle fattispecie tipiche dell'art. 51 c.p.c., non implica di per sé la violazione delle regole dell'imparzialità e nemmeno il sospetto della violazione di tali regole. Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628; Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 192; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4789.

Come costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza in materia, l'eventuale conoscenza personale e l'occasionale frequentazione tra componenti della commissione esaminatrice di un concorso e i candidati che vi partecipano non costituisce causa di incompatibilità atta a determinare l'obbligo di astensione dei primi, previsto dagli artt. 51 e 52 c.p.c., richiamati dall'art. 11 del d.P.R. n. 487/1994. V. TAR Lazio, Roma, sez. II, 12 ottobre 2010, n. 32757.

Ritenuto pertanto infondato il primo motivo di contestazione, la sentenza in commento si é successivamente soffermata sugli aspetti giuridici inerenti al *social network Facebook*, asserendo l'irrelevanza di tale rapporto negli schemi applicativi dell'art. 51 c.p.c. in quanto, considerato il funzionamento del social network in questione, esso rappresenta una modalità di comunicazione difficilmente classificabile, rivolgendosi ad un numero imprecisato e non prevedibile di soggetti, i quali, seppur del tutto sconosciuti nella vita quotidiana, possono mettersi in contatto grazie ad esso.

Secondo tale ragionamento, *Facebook* in sé non può concretizzare una delle cause di incompatibilità previste in maniera tassativa dal legislatore, in quanto inidoneo a dare prova dell'abitudine del rapporto contestato, atteso che "*nell'odierno modo di comunicare, qualunque occasione conviviale anche del tutto episodica, può essere «catturata» con il telefono cellulare e repentinamente pubblicata sul social network*".

3. Facebook come spazio privato aperto al pubblico dove può nascere un potenziale conflitto di interessi

All'interno del suo ragionamento logico-giuridico, il Collegio del TAR Sardegna dapprima sostiene – senza alcun accento dubitativo – la riconduzione del *social network Facebook* nei moderni mezzi di comunicazione, seppur difficilmente classificabile a causa della sua concreta evoluzione. Lo stesso Collegio, con ancor più certezza, afferma che tale strumento telematico "*non può in alcun modo concretizzare una delle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c.*" in quanto "*la questione è talmente pacifica che non necessita di particolare approfondimento*".

La sicurezza con cui il TAR Sardegna dà per acquisiti e presunti alcuni passaggi giuridici sulle problematiche afferenti la gestione dei rapporti sociali nella comunità virtuale non trova alcuna base normativa espressa, avuto riguardo all'inevitabile inadeguatezza del legislatore nell'utilizzare gli ordinari strumenti a propria disposizione per fornire una puntuale e compiuta disciplina che sia adeguata allo sviluppo degli stessi *social network*, la cui rapida e costante evoluzione, al contrario, non permette di considerare pacifica, in modo aprioristico, alcuna considerazione passata. Infatti, il fenomeno delle nuove tecnologie necessita sempre di un continuo e periodico approfondimento, avendo ormai modificato in maniera definitiva il tessuto sociale ed esplicando oggi i propri rilevanti effetti anche nel mondo giuridico.

Tale approfondimento, inoltre, non può limitare il proprio campo di indagine all'interno dei confini del diritto amministrativo, ma deve avere come riferimento il complessivo ordinamento giuridico, così come confermato dall'espresso rinvio alle norme del codice di procedura civile disposto dall'art. 17 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, secondo cui "*al giudice amministrativo si applicano le cause e le modalità di astensione previste dal codice di procedura civile*"⁸, con la conseguenza che l'analisi non può in alcun modo prescindere dalle valutazioni effettuate in relazione al dettato normativo dell'art. 51 c.p.c. e dal recepimento delle considerazioni giurisprudenziali svolte in merito al suo ambito applicativo e alla natura giuridica del *social network Facebook*, evitando così una ricostruzione di un fenomeno ormai universale attraverso il solo regime amministrativo che – tra l'altro – ha avuto modo di occuparsi dei social network in una sola ed isolata occasione⁹.

⁸ In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, 30 gennaio 2001, n. 709, dove viene specificato che il rinvio al codice di procedura di rito ha effetto limitato alla individuazione delle fattispecie di astensione e di ricusazione e non anche alla disciplina processuale. Sul tema della privatizzazione del diritto amministrativo, cfr. G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 661 ss.; S. AMOROSINO, *La privatizzazione del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e strumenti di diritto privato*, Milano, 169 ss.; L. CAMOGLIO, *I rapporti interdisciplinari tra processo amministrativo e processo civile*, in *Ammin.*, 2001, 225 ss.; M. CLARICH, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058 ss.

⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769, dove con riferimento alla valenza giuridica di un tweet di un Ministro, viene precisato "*che gli atti dell'autorità politica, limitati all'indirizzo, controllo e nomina ai sensi del decreto legislativo n. 165 del 2001, debbono pur sempre concretarsi nella dovuta forma tipica dell'attività della pubblica amministrazione (Cons. Stato, V, 24 settembre 2003, n. 5444, Cassazione civile, sezione II, 30 maggio 2002, n. 7913; III,*

Alla luce di ciò, atteso che l'art. 51 c.p.c. concretizza i principi costituzionali dell'imparzialità della funzione giurisdizionale e del giudice naturale, la norma estende la sua portata applicativa anche ai procedimenti non giurisdizionali, ivi compresa l'azione amministrativa ed in particolare le procedure selettive in materia di assunzione nelle pubbliche amministrazioni.

La nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione sul giusto processo, come osservato da parte della dottrina, ha introdotto all'interno del nostro ordinamento i principi del *fairness*, tradizionalmente caratterizzanti il processo di *common law*, di talché il giudice non solo deve essere imparziale ma deve anche apparire come tale¹⁰. Sotto questo profilo, infatti, l'esigenza di garantire una apparente imparzialità, affermata per la prima volta da Lord Hewart nel caso *Re v. Sussex Justices Ex p. McCarthy* per cui "*Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*"¹¹, ha acuito le difficoltà della giurisprudenza inglese circa l'individuazione di un criterio certo e stabile nel tempo, dividendosi sull'elaborazione e sull'applicazione di due differenti modelli: il cosiddetto "*real likelihood test*"¹² e il "*reasonable suspicion*"¹³.

In definitiva, la necessità di una apparente imparzialità, mutuata nel nostro ordinamento attraverso le innovazioni del giusto processo ed estesa anche all'azione amministrativa, trova ad oggi diretta ed ulteriore attuazione con l'art. 6-bis della legge sul procedimento – introdotto dalle legge 6 novembre 2012, n. 190 – il quale impone a tutti i soggetti che a qualunque titolo intervengono nel procedimento amministrativo (formulando pareri, valutazioni tecniche e atti endoprocedimentali o adottando il provvedimento finale) di astenersi "*in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*".

Come è già stato chiarito dalla giurisprudenza di merito¹⁴, il legislatore prevede così un canone di generale applicazione, che postula ineludibili esigenze di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento nella emanazione di determinazioni dal contenuto discrezionale, aventi ad oggetto apprezzamenti di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto sia portatore nella vicenda di un interesse personale.

Tale norma riguarda quindi non solo chi è chiamato ad espletare compiti di natura gestionale, ma è applicabile anche alle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici, le quali debbono garantire anch'esse nella loro composizione "trasparenza, obiettività e terzietà di giudizio", con la conseguenza che ai loro componenti risultano applicabili sia le cause di incompatibilità e di astensione del giudice codificate dall'art. 51 c.p.c., così come interpretate dalla giurisprudenza (che ha ricondotto il principio dell'astensione a tutte le volte in cui si possa manifestare un "sospetto"), sia i principi costituzionali di cui all'art. 97, così come oggi sviluppati dagli artt. 1 e 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁵.

Con riferimento invece alla natura giuridica del social network *Facebook*, tenuto sempre conto di un'analisi sistemica relativa alle problematiche di un fenomeno così universale, la mera riconduzione

12 febbraio 2002, n. 1970), anche, e a maggior ragione, nell'attuale epoca di comunicazioni di massa, messaggi, cinguettii, seguiti ed altro, dovuti alle nuove tecnologie e alle nuove e dilaganti modalità di comunicare l'attività politica".

¹⁰ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 e il giusto processo*, in *Foro it.*, 2000, V, 242 ss.

¹¹ V. Chief of Justice Lord Hewart nel caso *Re v. Sussex Justice, ex parte McCarthy*, 1924, 1 KB 256, 259.

¹² Tale *test* è anche definito dalle corti inglesi "*real danger test*". *Re v Sawyer*, 1980, 71 Cr. Ap R 283; *Re v. Spencer*, 1987, AC 128.

¹³ Tale criterio di valutazione dell'apparente parzialità è stato definito anche "*real suspicion test*" o "*real apprehension of bias test*". V. *Re v Mulvihill*, 1990, 1 WLR 438; *Re v Altrincham Justices, ex parte N. Pennington*, 1975, QB 549. V. *Re v. Gough*, 1993, AC 646-654. Cfr. *Sent. Bremer Handelsgesellschaft M.B.H. v. Ets. Soules et Cie and Anthony G. Scott*, 1985, 2 Lloyd's e 199; *Hagob Ardahalian v. Unifert International S.A.*, 1984, 2 Lloyd's re 84. Attraverso il primo criterio, il soggetto giudicante era considerato parziale nel caso in cui sussista una concreta probabilità o un concreto pericolo, *real danger*, di prevenzione da parte di esso nella controversia secondo uno standard dell'uomo ragionevole. Per contro, il modello alternativo prendeva in considerazione il mero sospetto di parzialità in capo ad un uomo ragionevole, determinando così l'annullamento delle sentenze sulla base dei soli sintomi di essa. Il carattere particolarmente rigido di tale ultimo criterio ha influito sulla decisione delle corti inglesi di ricorrere al solo modello del *real likelihood test*.

¹⁴ Cfr. TAR Campania, sez. Salerno, sez. II 17 marzo 2014 n. 580.

¹⁵ Cfr. TAR Sardegna, sez. I, 5 giugno 2013, n. 459.

di questo all'interno dei moderni mezzi di comunicazione appare riduttiva rispetto alla definizione offerta dalle scienze sociali contemporanee¹⁶. Sicché risulta assolutamente necessario recepire le considerazioni, maggiormente confacenti alla fattispecie in esame, formulate dalla Corte di cassazione, ove, rifiutando inizialmente l'“*assimilabilità della comunicazione telematica alla comunicazione telefonica*” in relazione alla “*natura stessa di luogo virtuale aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete, di un social network o community quale Facebook*”, viene riconosciuto “*innegabile che la piattaforma sociale Facebook (...) rappresenti una sorta di agorà virtuale. Una «piazza immateriale» che consente un numero indeterminato di «accessi» e di visioni, resa possibile da una evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato ad immaginare. Ma che la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo e che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la sua ratio impone anzi di considerare*”¹⁷.

La stessa pronuncia fornisce poi gli elementi differenziali delle nozioni di “luogo pubblico” e “luogo aperto al pubblico”: nello specifico, per luogo pubblico si è soliti intendere quello di diritto o di fatto continuativamente libero a tutti, o a un numero indeterminato di persone; *ex adverso*, per luogo aperto al pubblico, quello, anche privato, al quale può accedere un numero indeterminato ovvero un'intera categoria di persone nei limiti delle condizioni poste da chi esercita un diritto sul luogo.

Di conseguenza, “*la effettiva possibilità di considerare un luogo privato «aperto al pubblico» è comunque questione di fatto, perchè dipende dalle condizioni all'accesso poste dal titolare dello ius excludendi*”.

Del resto, dalle stesse parole e argomentazioni utilizzate dal TAR Sardegna nella sentenza in commento si intuisce la consapevolezza dello Collegio é consapevole circa le funzioni che caratterizzano *Facebook*, dal momento che riconosce la facoltà in capo all'utente di effettuare tutte le restrizioni “*che peraltro il social network consente*”, il cui esercizio sicuramente non caratterizza un semplice strumento di comunicazione, bensì costituisce la concreta applicazione di un reale ed effettivo *ius excludendi*, proprio dell'accesso ad un luogo privato aperto al pubblico, seppur virtuale.

Tale ultima considerazione, che rappresenta il risultato di un approfondimento teorico del fenomeno dei *social network* non affrontato dal giudice amministrativo, renderebbe ancora più opportuno una ulteriore disamina del fatto concreto contestato, tenuto conto che sebbene anche nel processo amministrativo viga il principio generale dell'onere della prova, stabilito in termini generali dall'art. 2697 cod. civ., i più ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice possono essere esercitati in ragione dell'incompletezza dell'istruttoria predisposta dalle stesse parti¹⁸.

Sotto questo profilo, l'effettiva ricostruzione dell'esercizio dello *ius excludendi* da parte dei componenti della Commissione giudicatrice avrebbe permesso una reale e motivata riconduzione del *social network* all'interno della nozione “luogo pubblico”, nel caso di restrizioni particolarmente permissive, ovvero in quella di “luogo privato aperto al pubblico”, nell'eventualità in cui l'utente ponga in essere condizioni di accesso di natura restrittiva.

In tale quadro, pertanto, l'ipotesi di “luogo pubblico” non consentirebbe di pervenire ad una differente conclusione rispetto a quella statuita dal giudice amministrativo, permanendo quel carattere di occasionalità inidoneo a configurare la fattispecie di commensale abituale ex art. 51 c.p.c., inteso come “*soggetto appartenente ad una cerchia di persone che hanno una certa affectio familiaritatis, ossia che vivono in familiarità e hanno interessi comuni*”.

Per contro, la dimostrazione di un utilizzo differente del *social network Facebook*, riconducibile

¹⁶ V. R. KUMAR, J. NOVAK, A. TOMKINS, *Structure and evolution of online social networks. Proceedings of 12th International Conference on Knowledge Discovery in Data Mining*, 2006, New York: ACM Press, 611 ss. dove i siti di social network sono definiti come “*as web-based services that allow individuals to construct a public or semi-public profile within a bounded system, articulate a list of other users with whom they share a connection, and view and traverse their list of connections and those made by others within the system. The nature and nomenclature of these connections may vary from site to site*”.

¹⁷ Cfr. Cassazione penale, sez. I, 12 settembre 2014, n. 37596.

¹⁸ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014 n. 6222 e 28 luglio 2014, n. 3973.

alla figura di “luogo privato aperto al pubblico”, avrebbe quantomeno insinuato alcuni dubbi alle granitiche considerazioni dell’organo giudicante, dal momento che il potere di escludere la possibilità di avere contatti occasionali con persone sconosciute, attraverso l’attivazione di determinate restrizioni da parte dell’utente, eliminerebbe qualsiasi presunzione circa la casualità e l’occasionalità dei rapporti virtuali, rappresentando, al massimo, un indice della presenza di relazione tra i due soggetti, la cui dimostrazione deve necessariamente concretizzarsi in un approfondimento istruttorio, anche d’ufficio nel caso di incompleta istruttoria predisposta dalle parti, al fine di verificare la frequenza e la natura di tali contatti, che seppur virtuali sono capaci di ledere concretamente l’azione amministrativa.

La moderna concezione di commensale abituale, ravvisabile quando vi è prova che un membro di un organo giudicante, sia di natura giurisdizionale che amministrativa, abbia con un soggetto una frequenza di contatti e di rapporti di tale continuità da far dubitare della sua imparzialità e serenità di giudizio, deve ormai tenere conto delle nuove modalità con cui avvengono le relazioni sociali nella comunità virtuale, cercando di evitare l’utilizzo di dogmi nei quali sia del tutto un approfondimento che consenta di apprezzare il lavoro ermeneutico sotteso alla stessa statuizione, in quanto anche da tale sforzo deriva la capacità di incidere legittimamente ed autoritativamente sulle posizioni giuridiche soggettive.

In particolare, soprattutto nelle problematiche relative al rapporto tra nuove tecnologie ed evoluzione del tessuto sociale, l’incapacità legislativa di fornire una organica e tempestiva disciplina di quest’ultimo ha rafforzato il ruolo delle aule dei tribunali, le quali si pongono attualmente quale crocevia dei profondi cambiamenti dell’ordinamento nella ricerca di quei fini di coesione e di progresso sociale, che costituiscono gli aspetti più significativi del consolidamento delle democrazie moderne e della creazione di un rapporto di fiducia tra privati e pubblici poteri, ormai incrinato da questa perdurante crisi istituzionale e accentuata anche da situazioni come quella decisa dalla sentenza del TAR Sardegna, dove è assente l’approfondimento necessario sulla moderna comunità digitale, che sarebbe stato capace in concreto di eliminare qualsiasi sospetto sulla parzialità dell’azione amministrativa derivante da potenziali conflitti di interesse, seppur virtuali, con i soggetti coinvolti.

Per queste ragioni, l’approfondimento di diritto e di fatto sarebbe stato opportuno da parte del giudice amministrativo. Per le stesse ragioni difficilmente si può riconoscere particolare importanza a tale decisione nel contesto giuridico, in quanto da un lato si limita unicamente a menzionare il *social network Facebook* ritenendo che “*la questione è talmente pacifica che non necessita di particolare approfondimento*” e, dall’altro, riconduce erroneamente quest’ultimo a mero mezzo di comunicazione difficilmente classificabile.

Tale impostazione risente ancora di un approccio anacronistico rispetto alle evoluzioni delle nuove tecnologie di informazione e di comunicazione, venendo meno al doveroso approfondimento della rilevanza giuridica ormai assunta da tali mezzi nell’ordinamento, che – a dispetto della loro natura virtuale – generano inevitabilmente reali ed effettivi sospetti di conflitto di interessi, i quali, con l’introduzione delle innovazioni sul giusto processo, assurgono oggi a cause di incompatibilità quando le costanti relazioni personali tra due soggetti siano tali da far sorgere il sospetto che il candidato sia stato giudicato non in base al risultato delle prove, ma in virtù delle conoscenze personali o, comunque, di circostanze non ricollegabili all’esigenza di un giudizio neutro, ovvero da un interesse diretto o indiretto tale da ingenerare il fondato dubbio di un giudizio non imparziale, spinto da stretti rapporti di amicizia personale.

Gabriella Luccioli
Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici
La maternità surrogata

1. Il tema è così ricco di implicazioni non solo giuridiche, ma anche metagiuridiche da richiedere, per poter essere esplorato con qualche pretesa di completezza in tutti i suoi aspetti, un approccio di tipo interdisciplinare.

Il fenomeno chiama infatti in causa la filosofia, l'etica, la biologia, la sociologia, il diritto.

Qualcuno ha definito quella di cui oggi ci occupiamo *la discussione intellettuale più interessante nell'attuale momento storico*. Ed è spiacevole constatare che di tale dibattito, nato in Francia, ed alimentato dalle riflessioni della sociologa Sylviane Agacinski, ma presto sviluppatosi anche in Italia, non vi è quasi traccia nei media e nella sfera politica del nostro Paese.

In una prima approssimazione può osservarsi che esiste una forte contrapposizione ideologica tra gli osservatori, divisi tra un approccio individualistico e libertario ed uno sociale-relazionale. Ed è interessante rilevare che l'opposizione più forte sul piano culturale viene dal fronte delle donne e in particolare da alcuni movimenti di matrice femminista.

Penso che una definizione si imponga, per fare chiarezza sui termini del dibattito.

Con i termini *maternità per surrogazione o di sostituzione, surrogazione di maternità o maternità surrogata* si fa riferimento a quei casi in cui una donna, definita *madre surrogata o gestazionale*, presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé, ma per un'altra donna o per una coppia eterosessuale o anche omosessuale, solitamente definita come *committente*, con l'impegno di rinunciare alla propria genitorialità, che sarà assunta appunto dai committenti. Quindi è soltanto con riferimento alla gravidanza ed al parto, e non alla provenienza del materiale genetico, che è ravvisabile un fatto di maternità surrogata.

Restano pertanto non rilevanti, ai fini di tale definizione, la provenienza di detto materiale genetico e le modalità con le quali esso viene introdotto nel corpo della donna: profili che hanno dato luogo alla distinzione tra *maternità surrogata di tipo tradizionale, o totale*, e *maternità surrogata puramente gestazionale, o parziale*, ravvisabile quest'ultima quando la gestante non abbia partecipato con il proprio materiale genetico alla creazione dell'embrione.

Come è noto, tale pratica è vietata e sanzionata penalmente nel nostro Paese (ed anche in Austria, Germania, Spagna e Francia, Svizzera, tra gli altri) dall'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004, mentre è consentita in vari Stati stranieri, in alcuni di essi solo se gratuita (come in Canada, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Australia, Nuova Zelanda, Belgio, Olanda, Grecia, Israele, Repubblica Ceca), in altri anche se attuata in forma commerciale (così in Georgia, Ucraina, India, Nepal, Messico, Thailandia, Russia, alcuni Stati USA). La California, l'India e l'Ucraina sono gli Stati nei quali è più fiorente l'industria della *surrogacy*.

Richiamavo poco fa le due linee di pensiero che segnano il dibattito tra gli studiosi, nella società e nell'associazionismo. Per alcuni la surrogazione va intesa come dono o come espressione di libertà procreativa e del principio di autodeterminazione: in tale prospettiva, una volta spezzata l'identificazione del ruolo della donna con quello della madre, si ritiene che si dischiuda un orizzonte ampio alla libertà delle donne di disporre del proprio corpo.

Osserva Luisa Muraro che alla base di tale prospettiva sta un neoliberalismo non economico, ma culturale, che postula la totale disponibilità da parte delle donne del proprio corpo e comporta che ogni atto di disposizione si traduca in merce; e non si tratta solo di un *business*, ma appunto di una cultura.

Il trionfo dei diritti individuali insito in tale posizione esige l'ampliamento della sfera della proprietà. L'ideologia del libero mercato e l'individualismo progressista impongono di ritenere del tutto legittimo che le due libere volontà del donatore e della donna da affittare si incontrino per realizzare il rispettivo interesse, senza incontrare alcun limite etico.

Secondo altra posizione - che non può certo essere accusata di atteggiamenti reazionari né di simpatie ecclesiastiche, nonostante finisca per alcuni aspetti per coincidere con la posizione sociale

cristiana - la maternità surrogata si sostanzia in un atto di mercificazione del bambino e della madre, ridotta a mero contenitore di una vita destinata a non appartenere mai.

Si sostiene al riguardo che *l'utero in affitto è lo schiavismo moderno*.

Si afferma che il grembo materno non è un contenitore, ma un luogo di relazione, che la surrogazione di maternità decostruisce la nozione giuridica di maternità e sovverte il principio della *verità del parto*.

Si aggiunge che essa priva la maternità del suo senso umano e la riduce a bruta materialità biologica, a mera tecnica riproduttiva.

Si rileva ancora che la donna è certamente libera di essere o non essere madre, ma se decide di esserlo la sua libertà resta intrinsecamente connessa alla responsabilità verso l'altro, ossia verso il bambino, che non può divenire oggetto di dono o di scambio.

Si sostiene altresì che il divieto di surrogazione di maternità deve essere inteso come espressione in negativo di un principio positivo di libertà e primazia della madre nella generazione, come garanzia della irriducibilità della persona umana a qualunque fenomeno che la riduca ad oggetto.

Si ricorda al riguardo che il Parlamento Europeo con la Risoluzione del 17 dicembre 2015 ha condannato la pratica della maternità surrogata in quanto *compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce*, e che il Consiglio d'Europa nello scorso 11 ottobre 2016 ha bocciato la proposta di raccomandazione della parlamentare belga De Sutter sulla maternità surrogata, ritenendo che potesse favorire la legalizzazione diffusa di detta pratica.

Il contrasto alla surrogazione nel pensiero femminista è talmente forte che il 2 febbraio 2016, a conclusione di un convegno svoltosi a Parigi nella sede del Parlamento francese, è stata votata da organizzazioni impegnate nella difesa dei diritti umani, da rappresentanti del mondo politico e della comunità scientifica la **Carta di Parigi**, un documento volto a proporre agli Stati europei l'abolizione della maternità surrogata, ritenuta *disumanizzante* e contraria alla dignità e ai diritti delle donne e dei bambini.

In Italia è stata di recente formalizzata da parte di alcune associazioni, con un documento sottoscritto il 23 marzo scorso, una istanza alle Nazioni Unite perché sia aperta una procedura volta a raccomandare il divieto di maternità surrogata come pratica lesiva dei diritti umani delle donne e dei bambini e la sua messa al bando a livello mondiale.

2. Su detti temi è necessario ragionare con pacatezza, nel rispetto delle diverse opinioni, ma anche con lucidità, non dimenticando mai le tante battaglie e le tante conquiste delle donne rispetto ai temi della maternità, della autodeterminazione e della dignità.

Ed è in questo spirito che mi accingo ad esprimere il mio punto di vista.

Io penso che ridurre la questione all'autodeterminazione e all'abbattimento del proibizionismo vuol dire banalizzare il tema della libertà di scelta e l'esperienza della maternità.

Io credo che assumere la maternità per surrogazione come affermazione estrema di un diritto di disposizione del proprio corpo e dei suoi frutti vuol dire distruggere la concezione della maternità come atto liberamente umano e vuol dire ridurre il valore della vita in termini meramente proprietari.

Quello che la tecnologia offre alla coppia parentale non può essere ridotto a mera tecnica. Il corpo della gestante non può essere utilizzato come mero supporto materiale della realizzazione di un progetto genitoriale altrimenti irrealizzabile.

Ritengo inaccettabile la definizione della madre come *mera portatrice gestazionale*, una definizione che ignora i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione, nel quale la donna nutre il bimbo che ha in grembo con il sangue, il cibo e le emozioni. Studi recenti in ambito genetico ed endocrinologico hanno evidenziato l'importanza della fase intrauterina, nella quale il feto si predispone ad entrare in rapporto con l'ambiente esterno e comincia ad esprimere la capacità di provare emozioni: in particolare è stato

accertato che sin dal terzo mese di gestazione il feto è dotato di sensorialità, che via via si sviluppa nei mesi successivi.

Osserva efficacemente Susanna Tamaro che la gestazione per altri fa divenire carta straccia tutte le ricerche sugli intensissimi rapporti che si sviluppano in quei nove mesi tra la madre e il bambino, la cui relazione la scrittrice assimila all'immagine dell'aquilone e della mano che tiene il filo in modo da poter inseguire e ritrovare ovunque il suo aquilone.

Ritengo inoltre che non possa non considerarsi che dietro il fenomeno della maternità surrogata si cela in ogni paese in cui è consentita, anche in quelli che esigono lo spirito liberale della prestazione, un vero e proprio mercato, in forte espansione e contrattualmente regolato, con dei tariffari, dei mediatori, in un affannato rincorrersi della domanda e dell'offerta. Recenti ricerche hanno rivelato una geografia economica determinata dalle tariffe delle portatrici di utero: un'americana percepisce al massimo 30.000 dollari, un'indiana poco più di 5.000, un'ucraina circa 10.000. Esistono inoltre pacchetti *Bimbo in braccio* o pacchetti *Economy Plus* che propongono tariffe onnicomprensive modulate secondo il numero dei tentativi di fecondazione e fissano le scadenze del relativo compenso.

Occorre ancora ricordare i pesanti limiti che devono subire le donne durante la gravidanza rispetto al cibo, allo stile di vita, ai controlli medici, e dopo il parto dalla privazione dell'allattamento.

Non si possono poi dimenticare i rischi che la gravidanza può comportare per la salute della donna e del bambino e le conseguenze legate al parto anche dal punto di vista sociale.

Ritengo altresì fuorviante la posizione di coloro che obiettano che la surrogazione di maternità mediante gestazione affidata ad altri costituisce l'unica forma di accesso alla genitorialità non adottiva per le coppie omosessuali maschili e che pertanto un divieto assoluto di tale pratica sottende una posizione ideologica contraria alla omogenitorialità. Si tratta all'evidenza di questioni diverse, pur se collegate negli effetti, non venendo qui in discussione la capacità genitoriale delle coppie omosessuali, né il criterio del superiore interesse del minore, ma unicamente la compatibilità con i valori fondamentali dell'ordinamento di una pratica, da chiunque utilizzata, che mercifica e sfrutta il corpo femminile.

Ed ancora, ravvisare la giustezza della scelta in quanto trasmette l'idea del sacrificio, del gesto d'amore, dell'oblazione in favore dei meno fortunati, in adesione alla *mistica sacrificale della madre surrogante*, vuol dire a mio avviso non considerare che maternità e genitorialità hanno ad oggetto un bambino, e non una cosa che può essere messa sul mercato e ricondotta al diritto di proprietà: una proprietà da acquisire nella quasi generalità dei casi grazie all'alleanza del danaro con la tecnica. I bambini non sono cose da vendere e neppure da donare.

Come poi non vedere l'assurdità della assimilazione, suggerita da alcuni, della gestazione per surrogazione gratuita alla donazione di un organo?

Va sotto altro aspetto considerato che la surrogazione di maternità lede il diritto fondamentale delle persone alla conoscenza delle proprie origini, sancito dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 278 del 2013](#).

Infine, esaminando il problema dalla parte dei committenti, altri interrogativi incalzano. Poiché quanto più si affina la tecnica, tanto più l'individuo è posto in grado di realizzare i propri desideri, tra i quali quello di possedere un figlio, è ravvisabile un diritto alla genitorialità ad ogni costo, anche quando la natura nega questo privilegio, o è necessario porre regole e confini a quella spinta che pone l'esistenza di figli come dimensione indefettibile di vita e chiede di realizzare tale desiderio attraverso il corpo di un'altra donna, sia che tale utilizzazione avvenga a titolo oneroso che gratuito?

Era questo il quesito posto da Claudio Magris in un non remoto articolo sul Corriere della Sera, nel quale si chiedeva se ogni desiderio può costituire un diritto e rispondeva che il protagonista della vicenda non è il desiderio, bensì il bambino, che comunque nasce da un uomo e dal corpo di una donna.

E dunque è lecito *affittare* questo corpo come si affitta un appartamento vuoto, al fine di ottenere un figlio da parte di una coppia etero o omosessuale?

Io credo che se non si dà senso a parole che lo hanno smarrito è forte il rischio di pensare che far nascere un bambino con la surrogata sia un gesto di libertà e di progresso, mentre il rifiutare una pratica che riduce le donne a contenitori ed i bambini a oggetto di scambio sia segno di bigottismo reazionario.

Io ritengo al contrario che la rinuncia preventiva della donna ai suoi diritti materni sia un fatto contrario alla libertà di quella donna e di tutte le donne, e quindi un disvalore.

3. La legge n. 40 del 2004 vieta all'art. 12 comma 6 la maternità surrogata, rafforzando tale divieto con una sanzione penale, ma tace totalmente sullo *status* del bambino che comunque sia nato da tale pratica in uno dei paesi in cui è ammessa e portato in Italia dai genitori committenti. E su tale *status* i giudici sono stati chiamati a pronunciare.

Decidere al riguardo postula una risposta ad alcuni importanti interrogativi.

Può essere trascritto in Italia il certificato di nascita dal quale risulti che i genitori sono i componenti della coppia committente?

Come si configura il limite dell'ordine pubblico internazionale, che secondo il nostro ordinamento costituisce un limite alla trascrivibilità degli atti emessi all'estero?

Come si atteggia l'interesse del minore, che deve essere *superiore*, e quindi preminente su ogni altro interesse, rispetto al fatto compiuto, posto in essere in violazione della legge italiana e talvolta anche di quella straniera?

Ed ancora, se si fa coincidere il *best interest of the child* con la conservazione di un legame inteso come formativo della identità personale e sociale del minore, così sostanzialmente relegando nella sfera dell'irrelevanza il ricorso alla gestazione per altri rispetto alla tutela di un interesse in tal modo configurato, non si finisce con l'eludere il quesito circa la compatibilità di tale pratica con i principi fondamentali del nostro sistema e con il dare legittimazione a rapporti instaurati sfuggendo ad ogni controllo del giudice italiano?

Ed è giusto ritenere che bastano poche settimane di convivenza per *usucapire* il bambino, in plateale elusione del divieto di maternità surrogata?

Quale valore finisce per assumere la sanzione penale se è sufficiente ricorrere alla surrogazione all'estero per vederla sanata in Italia?

È difficile rispondere a quesiti così delicati, in assenza di qualsiasi indicazione da parte del legislatore. È peraltro evidente che affidare al giudice un ruolo di supplenza può dar luogo ad incertezze ed oscillamenti giurisprudenziali estremamente pregiudizievoli per gli utenti della giustizia e per tutti i cittadini, a fronte di una forte esigenza di certezza nella tutela di diritti fondamentali.

Resta comunque ineludibile il compito dei giudici di trovare un ordine nell'intricato sovrapporsi di diritti ed interessi che traggono origine dal fenomeno in esame.

La Corte di cassazione con la sentenza n. 24001 del 2014, pronunciando per la prima volta sul tema, ha ravvisato lo stato di abbandono, e di conseguenza l'adottabilità, di un minore nato da madre portatrice in Ucraina, procreato con gameti del tutto estranei ai coniugi committenti, entrambi cittadini italiani, in violazione non solo della legislazione italiana, ma anche di quella ucraina, che consente la gestazione surrogata a condizione che il patrimonio genetico del nascituro provenga almeno per metà dalla coppia committente.

La Corte in tale decisione ha ritenuto la irricognoscibilità del falso certificato di nascita ucraino attestante il rapporto di filiazione con i committenti perché contrario all'ordine pubblico internazionale ed ha affermato che il divieto nel nostro Paese di pratiche di surrogazione di maternità posto dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004 costituisce norma di ordine pubblico internazionale a presidio del valore fondamentale di dignità umana della gestante e dell'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto.

La sentenza ha precisato che l'ordine pubblico internazionale rappresenta *il limite che l'ordine giuridico nazionale pone alla rilevanza di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; pertanto esso non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili.*

La Corte di legittimità ha infine escluso che il divieto in discussione contrasti con la tutela del superiore interesse del minore, da considerare come prevalente su ogni altro interesse ai sensi, tra l'altro, dell'art. 3 della Convenzione di New York, avendo il legislatore italiano non irragionevolmente inteso che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce ed affidando soltanto all'istituto dell'adozione la costituzione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico.

Alla base di tale decisione è il riconoscimento del valore fondamentale della dignità della gestante, ridotta a contenitore di una vita destinata per contratto ad altri, intesa la dignità come valore che permea l'intero patto costituzionale.

Detta pronuncia trova inoltre saldo fondamento nel divieto posto dall'art. 5 c.c. di disposizione del proprio corpo e in quello contenuto nell'art. 3 della Carta di Nizza *di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*, nonché nell'art. 21 della Convenzione di Oviedo, ai sensi del quale *il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto.*

Quanto al limite della compatibilità con l'**ordine pubblico internazionale**, osservo che se pure è vero che non si può identificare l'ordine pubblico internazionale con quello interno, ossia con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento nazionale, se è inoltre vero che il nostro Paese fa parte di una comunità internazionale con la quale è chiamato a confrontarsi anche sul piano dei principi e che gli impone di affrancarsi da ogni posizione di tipo difensivo, aprendosi anche a valori esogeni, è tuttavia altrettanto vero che tale nozione aperta dell'istituto non esclude, ma richiede di verificare la compatibilità dell'atto straniero con il *complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo* (così Cass. 2013 n. 19405).

In questo senso si era chiaramente espressa la Corte di cassazione nella sentenza n. 27592 del 2006, lì dove aveva affermato che l'ordine pubblico internazionale è *formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale... tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia.*

Ciò vale a dire che, svolgendo il limite dell'ordine pubblico internazionale una funzione di garanzia della tenuta complessiva e della coerenza interna dell'ordinamento, non può essere consentito l'ingresso nel sistema di norme, atti o pronunce emessi in Paesi terzi che risultino del tutto confliggenti con i principi fondamentali ed i valori che formano ed informano il nostro ordinamento.

Ed io credo non possa porsi in dubbio la forza primaria e dirimente conferita dall'ordinamento a quei valori che attengono all'essenza stessa della persona, come quello della sua dignità, quale criterio ineludibile di definizione del rapporto tra diritto e scienza, un valore che l'art. 3 comma 1 della Costituzione antepone al principio di eguaglianza.

L'operazione che tende a sostituire il legame carnale tra la donna ed il bambino che porta in grembo con il legame del materiale biologico che alla donna viene consegnato costituisce a mio avviso una ferita alla dignità di quella donna ed un attacco demolitore della relazione materna.

Per ciò che concerne l'**interesse superiore del minore**, mi limito a ricordare che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale detto interesse deve essere quello riferibile in concreto al singolo minore: ed allora appare arduo ravvisarne la violazione in situazioni, come quella di cui alla fattispecie in esame, in cui la coppia genitoriale abbia da tempo superato l'età per adottare, si

sia vista più volte in passato respingere le proprie domande di adozione per inidoneità e si sia occupata del minore per un periodo molto limitato.

Io credo che il rispetto della stabilità affettiva e delle relazioni con gli adulti che hanno segnato nel passato la crescita del minore non possa confondersi con il rispetto di situazioni poste in essere al di fuori di ogni controllo, spesso con l'inganno, sulla base di scelte ispirate ad un malinteso desiderio di genitorialità.

Ricordo ancora sul punto che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità è decisamente orientata ad escludere ogni rilevanza all'interesse del minore in relazione alle azioni di stato ed a negarne quindi, in mancanza di specifica previsione normativa, la funzione di controlimita nella valutazione del contrasto con l'ordine pubblico internazionale: ed invero l'art. 23 del Regolamento CE n. 2201 del 2003 impone di considerare detto interesse ai fini del riscontro della contrarietà all'ordine pubblico solo nel caso di riconoscimento di *decisioni*, e quindi di pronunce giudiziali, *relative alla responsabilità genitoriale*; inoltre, e soprattutto, lo stesso Regolamento esclude espressamente all'art. 1, par. 3, lett. a) dal proprio campo di applicazione le decisioni *relative alla determinazione o all'impugnazione della filiazione*.

4. Non dimentico che la giurisprudenza penale, sia di legittimità (Cass. 2016 n. 48696; 2016 n. 13525; 2015 n. 8060) che di merito, tende ad escludere la sussistenza dei reati di alterazione di stato e di false attestazioni a pubblico ufficiale nel caso in cui sia stata richiesta la trascrizione di un atto di nascita nel quale i componenti della coppia committente risultino indicati, conformemente alla legge del luogo, come genitori del minore nato da maternità surrogata.

E tuttavia non credo che tali pronunce assolutorie, prevalentemente centrate sulla assenza dell'elemento psicologico, possano influire sulla definizione dello *status* del bambino nato da maternità surrogata e portato in Italia, che va determinato sulla base della pertinente normativa civilistica.

5. La correttezza dell'approccio della sentenza n. 24001 del 2014 alla problematica in esame trova infine autorevole conferma nella sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso [*Paradiso e Campanelli c/ Italia*](#), depositata il 24 gennaio 2017: detta sentenza (emessa con 11 voti a favore e 6 contrari) ha riformato la pronuncia di primo grado del 27 gennaio 2015 che, come è noto, in una vicenda simile a quella decisa dalla Cassazione aveva condannato l'Italia (con l'opinione dissenziente dei giudici Raimondi e Spano) affermando che le misure adottate dal Tribunale per i Minorenni - sottrazione del bambino ai ricorrenti ed apertura della procedura di adottabilità - erano state legittimamente assunte secondo la legge nazionale e perseguivano lo scopo legittimo di porre termine ad una situazione di illegalità, ma che nel procedere all'allontanamento del minore dal suo contesto familiare le autorità italiane non avevano preservato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e quello privato dei soggetti coinvolti, così ponendo in essere una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

La Grande Camera ha al contrario ritenuto che non vi fosse stata violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Ha in particolare rilevato che appariva necessario, al fine di riscontrare l'esistenza di una *de facto family life*, considerare la qualità del legame dei richiedenti con il bambino, il ruolo da loro svolto e la durata della coabitazione e che nella specie l'assenza di un legame biologico con i committenti, la breve durata della convivenza (pari a 8 mesi) e l'incertezza del quadro giuridico applicabile portavano ad escludere, contrariamente a quanto deciso dal primo giudice, che detto rapporto fosse riconducibile all'ambito della *vita familiare*.

Ha peraltro ritenuto la Corte Europea che era applicabile l'art. 8 quanto alla violazione del diritto al rispetto della *vita privata* dei ricorrenti, stante l'esistenza di un loro progetto di vita genitoriale con il quale la decisione di allontanare il bambino aveva interferito, ma che tale allontanamento era stato legittimamente disposto dallo Stato italiano in ragione dell'interesse pubblico superiore di ripristinare la legalità violata e della urgenza di adottare misure a tutela del bambino. Ha

conclusivamente affermato che tale misura era sostenuta da ragioni sufficienti e proporzionata, in quanto qualsiasi altra misura che prolungasse la permanenza del minore con i richiedenti esponeva al rischio che il caso fosse deciso dal mero trascorrere del tempo, e che pertanto l'interesse generale prevaleva rispetto a quello dei ricorrenti di perseguire il proprio progetto genitoriale.

Appare evidente il mutamento di prospettiva della Grande Camera rispetto alla decisione della seconda sezione. In particolare, la rilevanza attribuita in negativo all'aggiramento delle norme italiane sull'adozione e sul divieto di maternità surrogata e alla mancata instaurazione, per il breve tempo trascorso, di quei legami familiari di fatto che nel bilanciamento degli interessi in conflitto avrebbero potuto prevalere segna la tendenza a rifiutare la logica del fatto compiuto e della esaltazione della *genitorialità di intenzione*, nonché del *superiore interesse del minore*, in termini di continuità affettiva, come criteri prevalenti rispetto all'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

Come è stato efficacemente osservato in dottrina, piuttosto che al superiore interesse di quel determinato minore la sentenza definitiva ha avuto riguardo alla tutela della categoria dei minori complessivamente intesa (*the interest of the children* piuttosto che *the interest of the child*.)

L'auspicio è che tale decisione renda maggiormente prevedibili gli esiti dei futuri ricorsi in materia di *status* dei figli nati da maternità surrogata.

6. Il dibattito a livello giurisprudenziale e dottrinario sulla maternità surrogata non esclude, ma impone la necessità di una disciplina volta a definire lo *status* dei minori nati da detta pratica, allo stato del tutto mancante.

Va pertanto dato atto con rammarico che nello scorso 11 ottobre 2016 il Consiglio d'Europa, nel bocciare le linee guida sulla maternità surrogata contenute nel rapporto già richiamato della parlamentare belga De Sutter, ha votato anche contro quella parte del documento volta a dettare linee guida per la disciplina dello *status* dei bambini comunque venuti al mondo in conseguenza della sua applicazione. Ed è significativo rilevare che la delegazione italiana si è espressa a grande maggioranza contro il documento. Probabilmente in tale testo si è vista una inammissibile apertura verso la maternità per surrogazione, non considerando o non volendo considerare che esso non riguardava affatto la possibilità di una sua introduzione nei vari Paesi, ma si riferiva ai bambini già nati ed era appunto diretto a tutelare i loro diritti.

Leggo di alcune posizioni (Ruggeri e Salazar) favorevoli ad un intervento legislativo diretto a legittimare nel nostro Paese la sola surrogazione di maternità di tipo solidaristico, configurabile quando una donna si dichiara liberamente e gratuitamente disponibile alla gravidanza ed al parto per altri: tali linee di pensiero sono chiaramente ispirate dall'esigenza di porre un argine al fenomeno dilagante del turismo procreativo.

Sono nettamente contraria a tale soluzione. Affermava la ministra Lorenzin in un recente intervento che il giorno in cui si accerterà un episodio di maternità surrogata ad opera di una donna bianca, ricca e occidentale in favore di una donna povera, indiana e sterile si potrà riscontrare una surrogazione gratuita di maternità. Forse l'evocazione di una fattispecie siffatta, indubbiamente suggestiva, pecca di qualche eccesso, non potendosi a priori escludere una surrogazione offerta come dono, ad esempio da una madre o da una sorella; ma non è questo il punto. Non si tratta di disciplinare gesti individuali motivati dall'altruismo, ma di fronteggiare un mercato procreativo globalizzato nel quale i ventri sono affittati o prestati; e nulla cambia per il bambino, ma per molti profili anche per la madre, se ciò avviene a titolo oneroso o gratuito. Il carattere altruistico ovvero oneroso della prestazione non esclude che la vita del bambino sia stata oggetto di un contratto e che quindi egli sia stato generato con il fine specifico di essere ceduto.

Ed allora, poiché nel mondo attuale l'altrove è qui, a fronte di un turismo procreativo sempre più intenso che si avvale di mercati aperti per raggiungere obiettivi in Italia vietati, diventa comprensibile, anche se difficile da perseguire, la linea tracciata da quei movimenti che nello sforzo di reperire soluzioni a livello globale tendono ad investire le istituzioni internazionali della questione ed invocano la configurazione di un reato universale, al fine di porre termine ad un

fenomeno ritenuto come una nuova forma di schiavitù realizzata prevalentemente dal mondo ricco e civilizzato ai danni dei paesi e dei soggetti più poveri e che in ogni caso poggia su relazioni economiche sempre diseguali, e quindi come una pratica incompatibile con il rispetto dei diritti umani e della dignità delle donne.

Termino con le parole di Luisa Muraro: *Oggi combattere davvero per la libertà significa riuscire a gestire con saggezza la potenza tecnoscientifica e soprattutto difendersi dal mercato, che non è più progresso, è una macchina che stritola la gente.*

Roberto Giovanni Conti

L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*

SOMMARIO: 1. *Gli effetti delle sentenze della Corte edu sui processi non penali in favore dei soggetti vittoriosi a Strasburgo. Le aperture di [Corte cost. n. 49 del 2015](#) e le chiusure, a tempo, di [Corte cost. n. 123 del 2017](#). – 2. Diverse ragioni per non essere d'accordo con gli esiti di [Corte cost. n. 123 del 2017](#) ...e una a favore.*

1. *Gli effetti delle sentenze della Corte edu sui processi non penali in favore dei soggetti vittoriosi a Strasburgo. Le aperture di [Corte cost. n. 49 del 2015](#) e le chiusure, a tempo, di [Corte cost. n. 123 del 2017](#).*

L'occasione del convegno organizzato dalla Camera Penale di Milano e dalla sezione milanese della Scuola della Magistratura è assai propizia per affrontare il tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo, proprio per il fatto che qualche giorno fa un'importante pronuncia della Corte costituzionale ha deciso una questione sollevata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹. La circostanza è poi ulteriormente impreziosita dalla presenza del Giudice della Corte edu Pinto de Albuquerque che, con il saggio dato di recente alle stampe, al cui interno sono riprodotte in lingua italiana alcune delle opinioni concorrenti e dissenzienti dallo stesso redatte presso la Corte edu, contribuisce in modo concreto ed efficace a trasmettere il linguaggio della Corte europea ad una platea ampia di operatori, riducendo il *gap* ancora esistente fra il mondo dei diritti di matrice convenzionale e quello che si pratica nelle aule giudiziarie domestiche.

Pur tralasciando le critiche in altra sede mosse allo scheletro della [sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015](#)², tale pronuncia sembrava avere aperto nuove opportunità verso la

* *Testo rielaborato dell'intervento svolto all'incontro di studi su "I diritti umani tra Corte di Strasburgo e ordinamento italiano", organizzato presso l'Aula Magna della Corte di Appello di Milano il 15 giugno 2017 dalla Camera Penale di Milano, dall'Ordine degli Avvocati di Milano nonché dalla sezione distrettuale di Milano della Scuola della Magistratura. Ho sottoposto una prima versione dello scritto stesso ad A. Ruggeri, al quale rivolgo un sincero ringraziamento per le osservazioni fattemi, ferma restando che solo mia è la responsabilità delle tesi qui rappresentate.*

¹ H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce CEDU e "riapertura" del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* (a cura di D. Dalfino), 585-592; G. MONTEDORO, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, relazione in occasione dell'incontro tra i Consigli di Stato Italiano e francese, Roma 9 ottobre 2015, in [giustizia amministrativa](#).

² A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 marzo 2015; nella stessa «Rivista», M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente nonché, pure ivi*, in V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; R. CONTI, [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/I](#), 9 aprile 2015, 181 ss.; P. MORI, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49 del 2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, nel sito telematico della [Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea \(SIDI\)](#), 15 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 aprile 2015; B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, 617 (cfr. [Corte cost. n. 187 del 2015](#)).

piena attuazione delle sentenze della Corte edu nei giudizi interni definiti in modo non conforme alla stessa.

Ed invero, nel descrivere le funzioni ed i poteri del giudice nazionale, la Corte costituzionale sembrava pensare, in termini più ampi, al sistema delle fonti e dei rapporti fra giurisdizioni non sfuggendo al tema dell'obbligatorio intervento del giudice interno per elidere gli effetti delle violazioni accertate da Strasburgo.

Ora, dato per noto il frammentario e variegato panorama degli effetti "di cosa giudicata" prodotti dalle sentenze della Corte edu sul piano interno³, [Corte cost. n. 49 del 2015](#) aveva inteso lasciare fuori dal cono d'ombra delle riflessioni ivi espresse sul tema della vincolatività della giurisprudenza "consolidata" della Corte edu. In questa prospettiva era stato espressamente operato un *distinguishing* rispetto al tema del necessario consolidamento della giurisprudenza della Corte edu, ritenuto dalla Corte costituzionale non estensibile alle ipotesi di esecuzione delle sentenze rese nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo.

Si affermava, infatti che "...il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata" ([sentenza n. 210 del 2013](#)). In tale ipotesi, proseguiva la Corte costituzionale, "la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa".

Tale affermazione apparve subito di grande rilievo, collegandosi ai principi che la stessa Corte costituzionale aveva espresso con la [sentenza n. 210 del 2013](#). [Corte cost. n. 49 del 2015](#) offriva, così, la sua lettura in termini generali ritenendo che, ferma la verifica delle concrete modalità e dei meccanismi da utilizzare, esiste la necessità di approntare un rimedio giudiziario capace di rimuovere gli effetti (persistenti) del giudicato interno contrastante con la CEDU.

È dunque questo il punto di partenza per vagliare gli effetti sul tema sopra rassegnato della più recente [Corte cost. n. 123 del 2017](#), che la Corte costituzionale ha reso decidendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2 del 2015.

Occorre premettere che la Corte edu, con le sentenze [Mottola e altri c. Italia](#) e [Staibano contro Italia](#) del 4.2.2014, ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 par.1 CEDU e dell'art. 1, Prot.n.1, annesso alla CEDU, in danno di alcuni medici (c.d. a gettone) che si erano rivolti al giudice amministrativo richiedendo il riconoscimento della natura a tempo indeterminato del loro rapporto con l'Università ottenendo tale riconoscimento in primo grado, mentre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato –, modificando un precedente indirizzo giurisprudenziale – aveva dichiarato irricevibili i ricorsi proposti oltre il termine (di natura sostanziale) fissato normativamente ma in quel caso inutilmente decorso, così impedendo la *traslatio* del giudizio innanzi al giudice ordinario dotato di competenza giurisdizionale. La Corte edu ha ritenuto che i ricorrenti avevano avanzato la loro richiesta al giudice amministrativo in buona fede e in un quadro normativo che poteva condurre a una pluralità di interpretazioni, aggiungendo che gli stessi erano stati privati della possibilità di reintrodurre le loro azioni davanti al giudice infine considerato competente – giudice del lavoro –. Da qui la violazione dei parametri convenzionali di cui agli artt. 6 CEDU e 1 Prot. n.1 annesso alla CEDU, fatta salva la determinazione dell'equo indennizzo, per il quale pende tuttora il giudizio innanzi alla medesima Corte.

I ricorrenti a Strasburgo, unitamente ad altri soggetti che si trovavano nella medesima condizione dei soggetti vittoriosi innanzi alla Corte edu, pur non avendo proposto ricorso innanzi alla Corte

³ V., volendo, R. CONTI, *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno. Alcuni seguiti nella giurisprudenza nazionale* in AA.VV., *Dialogando sui diritti Corte di cassazione e Cedu a confronto*, Napoli, 2016, 41 ss.

europea, si sono successivamente rivolti al Consiglio di Stato, chiedendo la revocazione del giudicato interno per effetto della sentenza del giudice di Strasburgo⁴.

Posta di fronte al problema degli effetti “di cosa giudicata” prodotti dal giudicato sovranazionale su quello interno l’Adunanza Plenaria – ord. n. 2 del 2015 – reputava che “...allorché, come nel caso di specie, i giudici europei abbiano accertato con sentenza definitiva una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, sorge per lo Stato l’obbligo di riparare tale violazione adottando le misure generali e/o individuali necessarie. La finalità di tali misure è quella della “*restitutio in integrum*” in favore dell’interessato, ossia porre il ricorrente in una situazione analoga a quella in cui si troverebbe qualora la violazione non vi fosse stata (cfr. [Corte cost. n. 113 del 2011](#))”. E dopo avere ricordato le indicazioni che giungono a livello europeo a riaprire il processo in ambito interno (cfr. Raccomandazione R(2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri), l’Adunanza Plenaria riteneva doveroso investire della questione la Corte costituzionale, visto che il contrasto fra diritto processuale interno e obbligo gravante sullo Stato di conformarsi alle sentenze CEDU “... possa sussistere anche nel caso di specie in cui è in discussione l’ammissibilità del ricorso per la revocazione di una sentenza del giudice amministrativo”.

La situazione nella quale versavano i ricorrenti, non regolata come ipotesi di revocazione del giudicato dimostrava, secondo l’Adunanza Plenaria, che “...l’ordinamento italiano non fornirebbe ai ricorrenti alcuna possibilità per veder rimediata la violazione dei diritti fondamentali dagli stessi subita”. Sicché i ricorrenti si sarebbero visti definitivamente privati della possibilità di accedere ad un tribunale e, quindi, della facoltà di far valere i diritti pensionistici che assumevano essere loro spettanti, con duplice lesione delle disposizioni convenzionali in tema di giusto processo e della proprietà. Da qui la questione di legittimità costituzionale che ipotizzava il contrasto della normativa interna – art. 106 cod. proc. amm. e, in quanto richiamato dallo stesso, artt. 395 e 396 cod. proc. civ. con gli artt. 117, comma 1, Cost., integrato dall’art. 46 CEDU, 111 e 24 Cost. – [Corte cost. n. 123 del 2017](#) ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate con riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., ritenendo infondata l’altra questione sollevata con riferimento all’art. 117, 1° comma Cost. integrato dall’art. 46 CEDU.

La Corte costituzionale, dopo avere escluso che i soggetti non ricorrenti a Strasburgo potessero godere delle medesime tutele “riflesse” garantite da [Corte cost. n. 210 del 2013](#) con riguardo al caso dei c.d. “fratelli Scoppola” in ambito penale, non ha ritenuto che la protezione offerta da [Corte cost. n. 113 del 2011](#) - introducendo un’ulteriore ipotesi di revisione che può dare luogo alla riapertura del processo penale ai sensi dell’art. 630 c.p.c. - ai casi di sentenze della Corte edu che hanno riconosciuto la violazione di norme convenzionali in ambito penale potesse valere nei confronti dei

⁴ La vicenda ora tratteggiata nel testo merita, peraltro, un’ulteriore passaggio in ordine agli effetti di “cosa interpretata” prodotti dalla [sentenza Mottola c. Italia](#) nei confronti di altri soggetti che, pur avendo lamentato innanzi al giudice amministrativo la medesima lesione della posizione previdenziale, se l’erano vista negare dal giudice amministrativo di ultima istanza con sentenza resa in ultima istanza in epoca anteriore alla sentenza della Corte edu sopra ricordata. Tali ricorrenti si rivolgevano alle Sezioni Unite della Cassazione, proponendo un ricorso per violazione dell’art. 362 comma. 1, c.p.c., sulla scia dei principi espressi da Cass. S. U. n. 30254/2008 in tema di violazione dei limiti interni della giurisdizione. La vicenda è stata esaminata, di recente, da Cass. S. U. n. 6891/2016. Le Sezioni Unite muovono dai principi espressi da Cass. S.U. n. 2242/2015, che era giunta a riconoscere il proprio sindacato in punto di giurisdizione nei confronti di una pronunzia del Consiglio di Stato distonica rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di aggiudicazione di appalti formatasi in epoca successiva alla decisione del G.A. Tali principi vengono trasposti nella vicenda della sentenza del giudice amministrativo formatosi in epoca anteriore al ‘giudicato’ della Corte dei diritti umani che, in altro procedimento ha riconosciuto la violazione della CEDU a carico della sentenza interna. A questo punto le S.U. non ritengono esse stesse di potere annullare la sentenza del Consiglio come avevano fatto con la sentenza n. 2242/2015, riconoscendo che il sistema di protezione dei diritti di matrice convenzionale soggiace ai principi espressi dalle sentenze gemelle del 2007 della Corte costituzionale, alla cui stregua è impedita la disapplicazione della norma interna incompatibile con la CEDU, ma è necessario attivare il controllo di costituzionalità. Per tali ragioni, ipotizzando un contrasto fra la norma interna sulla quale si era fondata la sentenza del Consiglio di Stato e i parametri convenzionali che la Corte edu aveva riconosciuto violati con le sentenze rese nei casi [Staibano c. Italia](#) e [Mottola c. Italia](#) del 4.2.2014, la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 69 c. 7 d. lgs. n. 165/2001.

soggetti parte di un procedimento giurisdizionale amministrativo o civile definito con sentenza passata in giudicato pur se contrastante con la sentenza della Corte edu.

Secondo la Corte costituzionale l'esigenza della *restitutio in integrum*, in base ad una costante giurisprudenza della Corte edu era stata, in assenza di una regolamentazione comune da parte dei Paesi contraenti, particolarmente indicata come misura maggiormente soddisfattiva rispetto ai processi penali nei quali erano emerse violazioni convenzionali. Epperò tale esigenza, pur espressa in certo modo anche per i processi civili ed amministrativi⁵, era sempre stata accompagnata dal riconoscimento di un certo margine di apprezzamento in capo ai singoli Stati, al fine di considerare e salvaguardare i principi della certezza del diritto e del giudicato interno formatosi nei confronti di soggetti terzi. È, prendendo a prestito le parole di [Corte cost. n. 123 del 2017](#), "... la tutela di costoro, unita al rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata* (oltre al fatto che nei processi civili e amministrativi non è in gioco la libertà personale), a spiegare l'atteggiamento più cauto della Corte EDU al di fuori della materia penale".

Mai, secondo [Corte cost. n. 123 del 2017](#), era stata indicata dalla Corte edu la misura della riapertura dei processi civili e amministrativi quando lo Stato destinatario della pronuncia di condanna non aveva già introdotto, nell'esercizio delle sue prerogative, strumenti normativi tesi alla revisione delle sentenze passate in giudicato ([sent. 123 del 2017](#), p.12).

In definitiva, la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, compete alle scelte del legislatore, al quale spetta *in via prioritaria* il compito di addivenire ad una "delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi".

[Corte cost. n. 123 del 2017](#) ha poi concluso nel senso che l'eventuale apertura della Corte edu ad una prassi capace di generalizzare l'intervento dei terzi nel processo innanzi a sé, attraverso la disposizione dell'art. 36 par. 2 CEDU o comunque la modifica dello strumento convenzionale nel senso di una maggiore tutela delle posizioni dei terzi avrebbe potuto essere proficua. Ciò perché, conclude la Corte, una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi - per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU - avrebbe reso più agevole l'opera del legislatore nazionale.

3. *Diverse ragioni per non essere d'accordo con gli esiti di [Corte cost. n. 123 del 2017](#) ... e una a favore.*

La Corte costituzionale, con la [sentenza n. 123 del 2017](#), richiamando diverse fonti di *soft law*⁶ e ponendosi implicitamente in linea anche con l'opinione concorrente resa dal giudice polacco Wojtyczek nella sentenza [Bochan c. Ucraina](#)⁷, sottolinea che gli effetti di cosa giudicata delle

⁵ V., ad esempio, Corte edu, 30 giugno 2009, [Verein gegen Tierfabriken Schweiz \(VgT\) c. Svizzera \(no. 2\)](#), ric. n. 32772/02, ricordata in motivazione da [Corte cost.n. 123 del 2017](#). Sul tema, in modo ampio, v. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2016, 456 e ss.

⁶ Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, Memorandum esplicativo della Raccomandazione R(2000)2, Review sull'esecuzione della Raccomandazione del 12 maggio del 2006, Overview del comitato di esperti datato 12 febbraio 2016.

⁷ Cfr. opinione concorrente Giudice Wojtyczek nella [causa Bochan c. Ucraina](#), cit.: "...The Convention does not guarantee the other parties to domestic proceedings who are concerned by the impugned judicial decision the right to be heard by the Court. It is true that under Article 36 § 2 of the Convention, as supplemented by Rule 44 § 3 of the Rules of Court, the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, authorise or invite any person concerned who is not the applicant to submit written comments or, in exceptional circumstances, to take part in the hearing. The Court sometimes makes use of this possibility, in particular in cases dealing with family law. The approach adopted strikes me as inadequate, as the option, left to the discretion of the President of the Chamber, of hearing the views of a person who is concerned does not equate to a guarantee of the right to be heard. It is not always used where the rights of third parties are concerned. When sitting in cases dealing with violations of the Convention in civil proceedings or arising from a judicial decision in a civil case, I invariably wonder whether the other parties

sentenze della Corte ed rispetto ai processi civili ed amministrativi, i cui esiti contrastano con la CEDU, non possono essere trattati in modo omogeneo rispetto a quelli che promanano da sentenza del giudice europeo rese in ambito penale.

In questa direzione milita la forza del giudicato nazionale e l'esigenza, parimenti fondamentale, rappresentata dal rispetto del canone del contraddittorio che, pur di capire, non risultando garantito dalla Corte ed, renderebbe difficoltosa l'estensione degli effetti ai terzi già parti del giudizio interno.

Le conclusioni alle quali è giunta la [sentenza n. 123 del 2017](#) non persuadono per plurime ragioni che si proverà qui a rappresentare.

Anzitutto, [Corte cost. n. 123 del 2017](#) sembra costituire un passo indietro rispetto alle affermazioni, di portata generale, contenute nella ricordata [sentenza n. 49 del 2015](#) che, proprio per arginare gli effetti dei principi ivi espressi a proposito del carattere non vincolante della giurisprudenza non consolidata della Corte ed, intese espressamente ad affermare un obbligo giuridico di esecuzione delle sentenze della Corte ed nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo già sopra ricordato. Nè l'argomento volto a sostenere che quel principio, espresso da [Corte cost. n. 49 del 2015](#), si riferisse unicamente ai processi penali trova alcuna conferma testuale, nemmeno potendosi ritenere rilevante il richiamo (ivi espresso) a [Corte cost. n. 210 del 2013](#)⁸ che, a ben considerare, si occupò degli effetti riflessi delle sentenze della Corte ed in ambito penale-avendo il giudice comune dato esecuzione immediata alla pronuncia [Scoppola c. Italia](#) nei confronti dello stesso Scoppola⁹.

La scelta della Corte costituzionale, in definitiva, paralizza gli effetti delle sentenze della Corte ed che certificano la persistenza del pregiudizio in relazione alla pronuncia interna, mettendo in *non cale* l'art. 46 CEDU e certifica che il nostro sistema non ha rimedi capaci di rendere effettive le pronunzie della Corte ed quando gli effetti lesivi prodotti nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo continuano a propagarsi in loro danno. Ancorché nella prospettiva della stessa sentenza il rimedio della riapertura del processo sembra essere un'opzione utile, allo stato tale rimedio non esiste, nemmeno per eventualmente ottenere la rimozione della legge nazionale che si pone in contrasto con la sentenza della Corte europea – a voler seguire il ragionamento espresso da [Corte cost. n. 210 del 2013](#) per il settore penale(sostanziale) –.

E' agevole osservare come una posizione di tal genere, oltre a porre il sistema interno in frizione evidente con la CEDU, scarica sulla fase indennitaria (innanzi alla Corte ed) e su quella di controllo innanzi al Comitato dei Ministri il peso dell'impossibilità di dare corso alle pronunzie della Corte ed in favore dei soggetti vittoriosi, tagliando fuori lo Stato italiano ed il giudice interno dai compiti che invece l'art. 46 allo stesso attribuisce.

concerned should not be granted the right to submit observations to the Court. Is it right to give a decision without hearing the other parties concerned? Ensuring that they have the right to be heard would not only give greater effect to the principles of procedural justice, but in many cases would also afford greater insight into the issues under examination.

Given the case-law developments referred to above, the rules applicable to the procedure for the examination of applications by the Court do not confer a sufficient degree of procedural legitimacy on the decisions given. Against that background, it is time to rethink the procedure before the Court in order better to adapt it to the requirements of procedural justice”.

⁸ Sui temi esaminati da [Corte cost. n. 210 del 2013](#), v. M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, Nota a Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, n. 18821, in [Diritto Penale Contemporaneo](#).

⁹ Sul punto, v. G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, 2014, 396. Effetto che, d'altra parte, si verificò anche nella vicenda seguente a Corte dir. Uomo, [Drassich c. Italia](#) (Cass. n. 45807/2008), come ricorda opportunamente sempre G. LATTANZI, *Corte costituzionale, diritto CEDU e interpretazione conforme*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. CADOPPI, Roma, 2017, 218 e che trovò realizzazione attraverso un'operazione di interpretazione convenzionalmente orientata senza l'intervento di una pronuncia additiva della Corte costituzionale.

Nemmeno persuasiva appare la [sentenza n. 123 del 2017](#) nel ricondurre l'invito della Corte edu alla riapertura dei processi civili ai soli casi in cui era stato parte un Paese che, spontaneamente, avesse introdotto a livello interno l'ipotesi di riapertura del processo.

In sostanza, la lettura che vorrebbe restringere la portata dell'invito alla riapertura generalmente individuato come misura meglio idonea ad eliminare gli effetti delle violazioni convenzionali prodotte dal giudicato interno si scontra con l'esistenza di pronunzie che un siffatto invito hanno rivolto anche a Paesi che non avevano ancora introdotto lo strumento della riapertura dei processi. Il riferimento specifico va a [Corte edu, Tence c. Slovenia, 31 maggio 2016, ricorso n. 37242/14](#)¹⁰ ed a [Corte edu, Perak c. Slovenia, 1 marzo 2016, ricorso n. 37903/09](#)¹¹.

Ed è sintomatico che le due sentenze anzidette, a sostegno di quanto affermato in ordine alla necessità di introdurre misure volte alla riapertura del processo civile ancorchè non prevista nell'ordinamento nazionale, abbiamo richiamato la sentenza [Bochan c. Ucraina](#) benché quest'ultima, secondo quanto sostenuto da [Corte cost. n. 123 del 2017](#), affermerebbe in modo chiaro "...che l'indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la *restitutio in integrum*, è presente *esclusivamente* (enfasi aggiunta) in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato"- cfr. p. 12.1 cons. in diritto [Corte cost. n. 123 del 2017](#). Nè la circostanza che le pronunzie indicate facciano riferimento al legislatore sloveno come soggetto destinatario dell'obbligo di riapertura del processo interno fa venir meno l'indicazione espressamente operata dalla Corte edu allo Stato, sempre considerato dal giudice europeo nella sua dimensione unitaria, a quello Stato a prevedere rimedi interni capaci di garantire la *restitutio in integrum*.

Ad ogni buon conto, la Corte costituzionale non ha ritenuto che lo strumento della revisione potesse essere introdotto con una sentenza additiva di principio, al pari di quanto venne fatto da [Corte cost. n. 113 del 2011](#), proprio perchè "... Anche nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore" ([Corte cost. 123 del 2017](#)).

Orbene, l'accentuazione dei profili connessi al giudicato nazionale ed alla tutela dei terzi – questi ultimi non garantiti adeguatamente nel processo innanzi alla Corte edu- non persuade nemmeno nei termini rigidi così espressi.

Anzitutto, l'attenzione che la Corte costituzionale ha riservato al tema della certezza del diritto, al giudicato interno ed alla tutela del contraddittorio nei confronti dei terzi rimasti estranei al processo svolto a Strasburgo sembra avere messo in secondo piano quanto era stato sottolineato da [Corte cost. n. 113 del 2011](#), e cioè che "... al fine di assicurare la *restitutio in integrum* della vittima

¹⁰ § 43 sent. cit. nel testo: "The Court, however, considers that the applicant suffered non-pecuniary loss arising from the breach of the Convention found in this case. Therefore, ruling on an equitable basis, it awards the applicant EUR 2,500 in that respect. Moreover, while the Slovenian legislation does not explicitly provide for reopening of civil proceedings following a judgment by the Court finding a violation of the Convention (see [Bochan v. Ukraine \(no. 2\)](#) [GC], no. 22251/08, § 27, ECHR 2015), the Court has already stated that the most appropriate form of redress in cases where it finds that an applicant has not had access to court in breach of Article 6 § 1 of the Convention would be for the legislature to provide for the possibility of reopening the proceedings and re-examining the case in keeping with all the requirements of a fair hearing (see, *mutatis mutandis*, [Kardoš v. Croatia, no. 25782/11, § 67, 26 April 2016](#); and [Perak v. Slovenia, no. 37903/09, § 50, 1 March 2016](#))."

¹¹ § 50 sent. cit. nel testo: "The Court, however, considers that the applicant suffered non-pecuniary loss arising from the breach of the Convention found in this case. Therefore, ruling on an equitable basis, it awards the applicant EUR 2,500 in that respect. Moreover, while the Slovenian legislation does not explicitly provide for reopening of civil proceedings following a judgment by the Court finding a violation of the Convention (see [Bochan v. Ukraine \(no. 2\)](#) [GC], no. 22251/08, § 27, ECHR 2015), the Court has already stated that the most appropriate form of redress in cases where the applicant was deprived of a fair hearing on account of his inability to participate in the proceedings before a national court would be for the legislature to provide for the possibility of reopening the proceedings and re-examining the case in keeping with all the requirements of a fair hearing (see [Gaspari v. Slovenia, no. 21055/03, § 80, 21 July 2009](#))".

della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata. L'avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, della CEDU): con la conseguenza che quest'ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile".¹² La circostanza che tali affermazioni vennero espresse con riguardo al giudicato penale non elide, all'evidenza, l'identità di situazione che si riscontra nei casi di processi "non penali".

È agevole, infatti, affermare che tale conclusione non possa valere solo quando è in gioco la libertà personale, prescindendo il fenomeno dell'esecuzione della sentenza della Corte edu dalla tipologia della pronuncia, né lo stesso rimanendo condizionato dall'indicazione specifica operata dalla Corte edu, proprio in relazione all'obbligo di cui all'art. 46 CEDU.

Non sembra, ancora, irrilevante ricordare [Corte cost. n. 219 del 2016](#) che, esaminando gli effetti dell'art. 16-bis, comma 5, della legge 4 febbraio 2005, n. 11- concernente il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle amministrazioni locali responsabili di violazioni della CEDU - ha escluso la lesione del diritto di difesa prospettata dall'amministrazione locale per l'impossibilità di partecipare al giudizio dinanzi alla Corte europea, sostenendo che "...la disposizione censurata, stante il suo inequivoco tenore letterale, è volta a regolare il procedimento attraverso il quale viene esercitato il diritto statale di rivalsa nell'ordinamento interno, non già il diverso procedimento dinanzi alla Corte europea, nell'ambito del quale...si sarebbe determinata la compressione del diritto di difesa dell'ente locale".

Si vuol dire che nella pronuncia da ultimo indicata non venne - correttamente - ravvisato alcun *vulnus* al contraddittorio in danno dell'amministrazione locale chiamata a rivalere lo Stato per le condanne inflitte a Strasburgo in sua assenza, proprio sottolineando che il processo innanzi alla Corte edu non poteva essere scrutinato dal giudice nazionale. Ciò, sembra il caso di aggiungere, per l'assorbente considerazione che esso è disciplinato da un trattato internazionale al quale lo Stato italiano ha aderito, rendendolo esecutivo con legge e senza apporre alcuna riserva in materia.

D'altra parte, che lo strumento teso a consentire la *restitutio in integrum* interna fosse centrale¹³ e in definitiva, a rime obbligate quantomeno rispetto all'*an* - e dunque tale da poter giustificare una sentenza additiva di principio - sembra in qualche modo indirettamente confermato da [Corte cost. n. 238 del 2013](#) che, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 5 del 2013 - *Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della CIG di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile* - si trovò a scrutinare una disposizione di adattamento ordinario, diretta alla esecuzione della sentenza della Corte internazionale di Giustizia del 3 settembre 2012, che aveva disciplinato puntualmente l'obbligo

¹² In dottrina, sul punto, v. R. DI CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? l'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della corte» edu nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, fasc. 3, 2009, 2191 che pure ricorda l'opinione sul punto espressa da E. LUPO in *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, f. 5, 2247-2258: "...il fatto che la Corte possa essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie interne (la fondamentale regola sancita dall'attuale art. 35) implica per forza di cose che essa si pronunci su sentenze divenute definitive nell'ordinamento interno. Se a questa premessa si aggiunge quanto si ricava dai ricordati articoli 13 e 46, la conclusione è che «l'accertamento della violazione della CEDU comporta, pertanto, a favore della persona in danno della quale la violazione si è verificata, il diritto a proporre un ricorso interno per rimediare alla violazione stessa attraverso la c. d. *restitutio in integrum*». V., altresì, nello stesso senso, S. L. VITALE, *Violazione della Cedu e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4/2015, 1300.

¹³ V. B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in [Rivista AIC](#), "... la *restitutio in integrum* costituisce l'elemento primario e naturale dell'obbligazione che incombe sullo Stato in caso di illecito internazionale secondo la giurisprudenza e la prassi diplomatica, e secondo quanto emerge, forse per la prima volta così chiaramente, nella decisione separata del 1995 sull'equa soddisfazione nel caso [Papamichalopoulos e altri c. Grecia](#), seguita al mancato accordo transattivo tra ricorrenti e Governo greco: la Corte ingiungeva allo Stato di restituire i terreni e le costruzioni esistenti sugli stessi e, solo "*faute d'une telle restitution*", di pagare una somma a titolo di indennizzo.

dello Stato italiano di conformarsi a tutte le decisioni con le quali la CIG avesse escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, imponendo al giudice di rilevare d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo, il difetto di giurisdizione e giungendo fino al punto di individuare un ulteriore caso di impugnazione per revocazione delle sentenze passate in giudicato, rese in contrasto con la decisione della CIG.

Ciò sembra confermare come i margini di discrezionalità dello Stato all'atto di dare esecuzione alle sentenze di una Corte internazionale che trae disciplina da un trattato internazionale al quale l'Italia ha aderito e che è stato reso esecutivo, pur sicuramente esistenti quanto alle modalità di proposizione dell'azione, ai termini di decadenza ed ad ogni altro aspetto ritenuto rilevante, non potevano porre in discussione la disciplina interna del processo a Strasburgo fino a fondarsi sull'assenza di contraddittorio con le altre parti; questione che risulta "coperta" dalla CEDU e dai suoi Protocolli e si trova, quindi, in un ambito esterno a quello riservato al legislatore, invece sicuramente dotato del potere di regolare la fase discendente e successiva alla pronuncia della Corte edu.

Nemmeno può sottacersi che entrambe le violazioni riconosciute dal giudice europeo nei casi [Mottola](#) e [Staibano](#) ruotavano tutte attorno al tema del giusto processo.

In sostanza, secondo le sentenze appena ricordate, il diritto negato ai ricorrenti era stato quello a potere adire la giurisdizione nazionale per vedersi riconosciuto il diritto reclamato. Ed anche la violazione convenzionale dell'art. 1 Prot. 1 annesso alla CEDU ritenuta nel [caso Mottola](#) atteneva alla violazione degli obblighi procedurali (di natura essenzialmente processuale)¹⁴ pure sottesi all'art. 1 Prot.n. 1 alla CEDU¹⁵. L'aver chiuso le porte del processo nazionale – nel quale i diritti prospettati dai ricorrenti avrebbero dovuto trovare esame (e non necessario riconoscimento) rappresenta per davvero un'occasione perduta.

Sembra poi poco persuasivo l'invito rivolto alla Corte edu dalla Corte costituzionale a rivitalizzare l'art. 36 par. 2 CEDU o, addirittura agli Stati parte del Consiglio d'Europa a modificare il trattato istitutivo della CEDU in modo da garantire meglio il diritto al contraddittorio.

Tale affermazione che, dice [Corte cost. n. 123 del 2017](#), renderebbe più agevole il compito del legislatore, riecheggiano nuovamente la già ricordata opinione concorrente del giudice polacco nella [causa Bochan](#), non pare andare nella direzione del dialogo fra le Corti, semmai potendo ulteriormente allontanare il senso di reciproca fiducia fra le stesse.

In definitiva gettare, sottotraccia, una luce sinistra sull'intero procedimento svolto a Strasburgo, privato dell'anima del giusto processo – rappresentata dal contraddittorio – che pure la Corte edu reiteratamente richiama come elemento portante della tutela da essa offerta alle persone che prospettano una violazione convenzionale equivale a chiedersi "se sia costituzionale l'intero sistema Cedu, perché esso è costruito, come noto, proprio sull'intervento della Corte Edu *dopo* il giudicato interno"¹⁶. La Corte sembra così tralasciare non soltanto le caratteristiche peculiari del processo

¹⁴ R. CHENAL, *Cedu e diritto tributario: le garanzie di natura procedurale*, in *Il nostro sistema tributario all'esame della CEDU. Le questioni ancora aperte*, a cura di F. BUFFA, Atti del convegno organizzato presso la Corte di Cassazione il 22 settembre 2015 dall'ufficio dei Referenti per la formazione decentrata della scuola della magistratura, Vicalvi, 2016 63: '...Nonostante il silenzio dell'art. 1 del Protocollo n° 1 in materia di esigenze procedurali, in caso di ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà, lo Stato deve prevedere delle procedure che permettano all'interessato di esporre la sua causa davanti alle autorità competenti al fine di contestare in maniera effettiva le misure che sono all'origine di tale ingerenza ([Jokela c. Finlande](#), no 28856/95, § 45, CEDH 2002 IV, [Kotov c. Russia](#) [GC], no 54522/00, 3 avril 2012). Non sono quindi compatibili con la Convenzione ingerenze in assenza di una procedura svolta in contraddittorio tra le parti e rispettosa del principio della parità delle armi e che permetta di discutere degli aspetti principali della controversia ([AGOSI c. Royaume-Uni](#), 24 octobre 1986, § 55, série A no 108, [Sociedad Anónima del Ucieza c. Espagne](#), no 38963/08, § 74, 4 novembre 2014).'

¹⁵ Cfr. [sent. Mottola](#), cit., 57: '... En conséquence de ce revirement de jurisprudence, les requérants ont été privés de toute possibilité d'obtenir une décision de justice reconnaissant leur droit au versement des contributions sociales – et donc leurs droits corrélatifs en termes de pension de retraite – pour la période travaillée par eux en tant que vacataires pour l'université de Naples.'

¹⁶ C. PADULA, [La Corte edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 23 agosto 2016.

come calibrato a Strasburgo – in una prospettiva di rapporto verticale fra persona che assuma la violazione e lo Stato –, ma anche gli obblighi convenzionali assunti dagli Stati e, soprattutto, la circostanza che la stragrande maggioranza dei Paesi contraenti si è già dotata di strumenti interni capaci di favorire la *restitutio in integrum* per effetto della condanna pronunciata a Strasburgo. Il che, senza volere sposare un'idea idealizzante della Corte edu¹⁷, la dice tutta sulle possibilità di successo dell'invito rivolto a modificare un Trattato internazionale già pienamente attuato dalla maggioranza dei medesimi Stati contraenti.

Si stenta, infatti, ad immaginare che quello stesso nucleo di Paesi che ha già attuato i rimedi interni per dare piena esecuzione alle sentenze della Corte edu possa raccogliere l'invito della Corte costituzionale dal quale scaturirebbe, verosimilmente, la necessità di modificare le legislazioni o le prassi giurisprudenziali nazionali già esistenti.

Anzi, proprio le considerazioni appena espresse consentono un'ulteriore riflessione critica sulla particolare sottolineatura che la [sentenza n. 123 del 2017](#) ha riservato ai processi amministrativi, "...anch'essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un *munus* pubblico ...". In buona sostanza, la [sentenza n. 123 del 2017](#) sottolinea che il *deficit* di contraddittorio nel processo davanti alla Corte edu potrebbe avere gravi ripercussioni, al pari che nei processi civili, sulle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato ove si decidesse di travolgere il giudicato interno.

Ora, sembra doversi dissentire da siffatta ricostruzione e dalla totale parificazione operata dalla Corte costituzionale fra processi civili (per i quali, a ben considerare, non vi era necessità di prendere posizione)¹⁸ e processi – civili e amministrativi – nei quali è parte un'amministrazione pubblica, ad essa sfuggendo che lo Stato, all'interno del procedimento svolto innanzi alla Corte edu, rappresenta tutte le articolazioni pubbliche che ad esso fanno capo, vigendo nel diritto internazionale il principio dello Stato come unico volto¹⁹.

Ciò significa che nell'esercizio dei poteri ad esso conferiti innanzi alla Corte edu, il Governo italiano ha piena libertà di sollecitare le eventuali amministrazioni pubbliche coinvolte nel processo giurisdizionale interno a fornire elementi utili alla difesa dello Stato medesimo. Tali considerazioni sembrano escludere la sovrapponibilità dei processi civili a quelli amministrativi nel senso voluto dalla Corte costituzionale.

Si vuol dire, così, che l'esigenza della tutela del contraddittorio alla quale fa espresso riferimento la [sentenza n. 123 del 2017](#) non poteva essere avvertita rispetto al caso che aveva suscitato il rinvio alla Corte costituzionale, nel quale le amministrazioni pubbliche in giudizio erano state l'Università degli Studi, l'Azienda Policlinico e l'INPS, quanto rispetto ad altre vicende giudiziarie intercorse fra privati²⁰.

¹⁷ V., anzi, sul punto, P. BILANCIA, *Prefazione* a P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., XVI e D. GALLIANI, *Premessa* a P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., 25 ss.

¹⁸ E', infatti, appena il caso di evidenziare che il riferimento alle controversie tra privati toccate da una pronuncia resa dalla Corte edu è fenomeno di rilevante ampiezza, che già oggi risulta condizionato fortemente dagli esiti della sentenza della Corte edu resa nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo e che non esime certo il giudice nazionale dal porre in essere le misure idonee ad eliminare gli effetti delle violazioni convenzionali accertate. Si pensi, a solo titolo esemplificativo, al 'pianeta famiglia' ed alle violazioni dell'art. 8 CEDU. In tema di minori v., ad es., [Corte edu.13 giugno 2000, Scozzari e Giunta c. Italia](#), rc. 39221/98 : "... *"L'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées a titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences (cfr. mutatis mutandis, L'arrêt Papamichalopoulos et autres c. Grèce du 31 octobre 1995 (article 50) série A n. 330-B, 58-59, 34). Il est entendu en outre que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyen de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour"*.

¹⁹ Cfr., per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2005, 10 ss.

²⁰ Sul punto, v., infatti, C. PADULA, [La Corte edu e i giudici comuni](#), cit., 326: "...Il problema della tutela del "controinteressato" al mantenimento del giudicato non si pone per il giudizio amministrativo, dato che lo Stato

Parimenti non convincente risulta l'incitamento di [Corte cost. n. 123 del 2017](#) a spingere sulla leva dell'art. 36 par. 2 CEDU per inserire stabilmente all'interno del processo a Strasburgo il terzo.

Si tratterebbe, in definitiva, di stravolgere la portata e il senso della cennata disposizione, essenzialmente rivolta a consentire, sempreché il Presidente lo ritenga utile, l'intervento di persone diverse dal ricorrente in funzione di *amicus curiae*²¹. E di ciò vi è conferma nel fatto che il ricorso ritenuto ricevibile dalla Corte edu in fase di deliberazione preliminare non viene comunicato alle altre parti del processo interno, ma soltanto agli altri Stati contraenti²². Il che, ovviamente, non vuol certo nascondere la circostanza che anche l'altra parte del processo interno, intervenendo nel giudizio innanzi alla Corte edu, possa fornire elementi di valutazione utili ai fini del ricorso proposto dall'altra parte²³.

In sostanza, l'invito della Corte costituzionale rivolto alla Corte edu, che è giudice del caso concreto e valuta caso per caso, a rivedere le modalità di applicazione dell'art. 36 CEDU non si vede quale frutti fecondi potrà produrre, anche se sarà il tempo a dare il suo responso.

In conclusione, malgrado le perplessità qui manifestate sulla [sentenza n. 123 del 2017](#), un merito va riconosciuto alla Corte costituzionale. Ed è quello che l'impianto e la struttura di base della pronuncia, per l'approfondimento dei richiami giurisprudenziali alla Corte edu e per le affermazioni ivi contenute, sembra rappresentare una sorte di "clone" della [sentenza n. 129 del 2008](#), che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Bologna con riguardo al caso [Dorigo](#). Anche in quell'occasione la Corte sottolineò il ruolo del legislatore ai fini della riapertura del processo e fu, in definitiva, antesignana della successiva svolta intrapresa dalla [sentenza n. 113 del 2011](#).

In sostanza, il legislatore, al quale la Corte costituzionale attribuisce in via prioritaria il compito di individuare un rimedio capace di consentire l'esecuzione delle sentenze della Corte edu incidenti su giudicati civili e amministrativi nell'ordinamento interno in favore dei soggetti vittoriosi a Strasburgo, sembra avvisato che non saranno consentiti ulteriori rinvii, altrimenti toccando comunque al giudice – costituzionale o comune – l'individuazione di una via di fuga capace di realizzare l'obiettivo di una riapertura del processo al cui interno le parti, nel pieno contraddittorio, potranno, a seconda dei casi, riaprire la partita tenendo conto della pronuncia della Corte edu.

La prospettiva di un ridimensionamento del giudicato interno non penale per effetto del sopravvenuto "giudicato" della Corte edu per risolvere la questione senza attendere ulteriori interventi legislativi²⁴ è lì ad attendere di essere metabolizzata, studiata e verificata in relazione a

(presente a Strasburgo) comprende, nei rapporti internazionali, tutte le pubbliche amministrazioni. Dunque, anche qualora la Corte europea sia stata adita dal privato, la decisione europea è opponibile all'ente pubblico interessato al mantenimento del giudicato amministrativo".

²¹ V., *amplius*, G. RAIMONDI, *Commento all'art. 36*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, Padova, 2001, 627 ss.

²² cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 423.

²³ [Corte edu, 14 gennaio 2016, Mandet c. Francia](#) – ric. n. 30955/12 – parr. 2 e 43, in materia di filiazione.

²⁴ Può essere ricordata, anche se in contesto diverso, perché la giurisprudenza CEDU non veniva in evidenza all'interno di un giudizio interno attivato dalla parte a Strasburgo, Corte Cass. n. 13435/2016, che ha ritenuto ammissibile in rito e fondata nel merito una domanda di revocazione di una sentenza resa dalla stessa Corte di Cassazione in tema di dichiarazione di adottabilità. La Corte, anzitutto, configura l'esistenza di un errore di fatto idoneo a rendere ammissibile il ricorso per revocazione per effetto della erronea ponderazione, operata da parte della Cassazione, della sentenza assolutoria della coppia genitoriale per il reato di abbandono di minori, prodotta in sede di legittimità e passata in giudicato. E a tale risultato giunge ritenendo, espressamente, che "...i presupposti della revocazione vanno valutati con particolare attenzione allorché si prospetti la violazione di diritti fondamentali, protetti dalla CEDU, da parte del giudice nazionale, in forza di un errore di fatto che non abbia condotto al rimedio reale in discorso, onde poi non resterebbe che quello del mero indennizzo, per definizione insoddisfacente quando si tratti di diritti fondamentali su beni personalissimi della vita". Tale inciso finale disvela, in realtà, la portata non marginale dell'operazione compiuta dal giudice di legittimità che, per superare le strettoie espresse ripetutamente dalla stessa Cassazione in tema di qualificazione e determinazione dell'errore revocatorio, sottolinea la peculiarità della vicenda processuale, nella quale era in gioco la violazione di un diritto di matrice convenzionale.

single ipotesi²⁵. D'altra parte, la Corte costituzionale avrà nuovamente occasione di occuparsi della medesima questione²⁶ e non può escludersi che un *pressing* del giudice comune potrebbe comunque favorire un auspicabile *revirement* di quel Giudice.

Nè sembra peregrino ritenere che proprio nei casi in cui l'oggetto della questione attiene a diritti del cittadino nei confronti dello Stato e/o di altre articolazioni pubbliche che continuano a subire pregiudizio in epoca successiva al "giudicato" della Corte edu, l'esigenza di ricomporre il quadro interno (ancorchè "coperto" dal giudicato nazionale) in modo da renderlo compatibile con l'accertata violazione della norma convenzionale risulta essere un'esigenza talmente prioritaria da meritare, già oggi, di essere pienamente e prontamente protetta.

Non può, del resto, revocarsi in dubbio che l'art. 46 CEDU sta lì a dimostrare che l'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte edu incombe sullo Stato nella sua integralità e, dunque, anche nei confronti dei giudici innanzi ai quali le parti decidessero di rivolgere le loro istanze volte a rendere effettivo e concreto un pronunciamento della Corte edu e i diritti che sono stati violati, soprattutto quando il responsabile sia un potere pubblico. Esiste dunque un canone fondamentale che "... impone al giudice nazionale l'obbligo di garantire, conformemente all'ordinamento Costituzionale vigente e nel rispetto del principio della certezza del diritto, il pieno effetto delle norme della Convenzione, nell'interpretazione loro data dalla Corte"²⁷.

Va infatti evitata la prospettiva che sposti sulla monetizzazione del pregiudizio la soluzione del problema²⁸.

La pronuncia della [Corte costituzionale n. 123 del 2017](#) rappresenta, in ogni caso, un forte stimolo a mettere in moto un processo culturale capace di porre al centro del dibattito dottrinale²⁹ e giudiziario – al cui interno occupano una posizione equiordinata giudici e avvocati – il tema, indubbiamente complesso e poliedrico, degli effetti e dell'esecuzione delle sentenze della Corte

²⁵Lo studio di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in [Astrid](#), rimane imprescindibile per l'esame della questione, anche in relazione alla non proprio sovrapponibile tematica degli effetti delle sentenze della Corte di giustizia sui giudicati interni. Rilevante risulta, ancora, il contributo di G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in [Federalismi.it](#), 28 gennaio 2015, 11. Particolarmente densa di spunti risulta la nota alla [sentenza n. 123 del 2017](#) di E. D'ALESSANDRO, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la corte europea dei diritti dell'uomo*, di prossima pubblicazione in foro it., giugno 2017

²⁶Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 novembre 2016, n. 4765, condividendo i presupposti di base di Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2015, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 106 del Codice del processo amministrativo (l. n. 104/2010) e 395 e 396 del Codice processuale civile, in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁷Cfr. Corte edu, GC, [Fabris c. Francia](#), ric. n. 16574/08. V., sul punto, l'opinione concorrente del Giudice della Corte edu Pinto de Albuquerque, in PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti*, a cura di D. GALLIANI, Torino, 2016, 67, che offre dell'inciso riportato nel testo una lettura volta, per un verso, ad escludere che il contrasto di una sentenza della Corte edu con la Costituzione possa impedirne l'efficacia e, per altro verso, afferma che "il riferimento alla certezza del diritto...costituisce anche un ammonimento (*inunction, ndr*) ai giudici statali di rispettare rigorosamente, senza alcun margine di apprezzamento, le sentenze della Corte. Sarebbe invece qualsiasi scelta discrezionale compiuta dai giudici statali nell'attuazione delle sentenze della Corte a mettere in discussione il principio della certezza del diritto".

²⁸Ancora B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit.: "...Benché non ci si nascondano le perplessità generate dal forte impatto che lo sviluppo di questi orientamenti è in grado di produrre in seno all'organizzazione interna della giustizia, d'altro canto non si può neppure esimersi dal rilevare il pericolo di una monetizzazione della responsabilità per mancato rispetto dei diritti dell'uomo: se per i diritti patrimoniali ciò può forse accettarsi, non può certo essere così per le violazioni più gravi dei diritti garantiti dalla Convenzione".

²⁹V. già sul tema, oltre ai contributi ricordati, P. PATRITO, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte Edu*, in *Giur. It.*, dicembre 2015, 2710; A.O. COZZI, *L'impatto delle Sentenze della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o di revisione del processo*, in *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. SPITALERI, Milano, 2009, 159; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza Costituzione*, in *Giur. Cost.*, fasc. 2, 2011, 1542.

edu³⁰, dovendosi dare risposta ad un interrogativo che ormai sempre di più compare quando si pone al centro del sistema la protezione dei diritti fondamentali, qualunque ne sia la fonte. Interrogativo che, involgendo anche il parallelo settore delle misure di ordine generale che lo Stato è chiamato ad introdurre per eliminare – sempreché ve ne siano – violazioni ulteriori rispetto a quelle patite dal soggetto vittorioso a Strasburgo, chiama lo studioso e gli interpreti delle varie discipline ad individuare non soltanto le specificità che riguardano i singoli settori ma altresì il confine, se esiste, tra ciò che è necessario fissare in termini generali ed astratti per rispondere ad un'esigenza di certezza e prevedibilità e ciò che, invece, va necessariamente riservato all'attività di concretizzazione ed attuazione del principio al caso concreto, senza il quale soluzioni normative preventivamente delineate in termini analitici e generalizzanti potrebbero non essere utili e capaci di fornire adeguata risposta all'esigenza, comune, di offrire un elevato standard di protezione ai diritti fondamentali³¹.

³⁰ Rimangono fondamentali, sul punto, gli studi di V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU, Profili di diritto costituzionale internazionale e comparato*, Padova, 2012, O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction Between Europe's Legal Systems - Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Oxford, 2012 e P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

³¹ Sul punto v., ripetutamente, gli scritti di A. RUGGERI e, tra i più recenti, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in AA:VV., *Vecchie e nuove famiglie nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. RUGGERI, D. RINOLDI E V. PETRALIA, Napoli, 2016, 1 ss. nonché id., *Lacune costituzionali*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XX, Studi dell'anno 2016, Torino, 78.

Giacomo Mannocci
Legittima difesa privata e difesa legale pubblica
(a margine di Corte costituzionale [sent. n. 81 del 2017](#))

SOMMARIO: 1. *Premessa: L'evoluzione della nozione di legittima difesa.* – 2. *Le recenti proposte di modifica: il disegno di legge C. 3785 approvato il 4.5.2017.* – 3. *Gli interventi legislativi regionali sul patrocinio legale.* – 4. *La [sentenza n. 81 del 2017](#) della Corte costituzionale.* – 5. *Spunti conclusivi.*

1. *Premessa: L'evoluzione della nozione di legittima difesa*

Da sempre i temi della sicurezza e della legittima difesa sono ampiamente dibattuti dalle forze politiche e costituiscono uno dei principali argomenti di discussione in campagna elettorale, anche (e soprattutto) in occasione dei rinnovi delle amministrazioni locali e regionali, pur non essendo temi che rientrano nell'ambito delle loro funzioni e competenze.

Negli ultimi anni il legislatore ha ampliato la nozione di legittima difesa¹, intesa come causa di giustificazione che esclude, già su un piano obiettivo, la configurabilità di un fatto come reato: fino ai primi anni Duemila², l'art. 52 del codice penale si limitava infatti ad affermare che “*non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*”. Era quindi rimessa alla giurisprudenza la definizione dell'ambito di operatività della norma e delle singole situazioni che potevano far configurare la sussistenza di questa scriminante. Nel 2006 il legislatore interviene introducendo dei meccanismi presuntivi legati all'accertamento della proporzionalità tra bene difeso e bene attinto: la legge 13 febbraio 2006 n. 59³ ha introdotto due ulteriori commi all'art. 52 del codice penale con specifico riguardo all'ipotesi di violazione di domicilio e proprio a tutela dell'incolumità personale e domiciliare, in base ai quali “*nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.*”

La novella legislativa, intervenendo infatti sulla presunzione di proporzionalità, aveva lo scopo di garantire una più vasta legittimazione dell'uso di un'arma o di un altro mezzo idoneo, quando si trattava di difendere la propria o altrui incolumità o i beni propri o altrui a condizione che non vi fosse desistenza e sussistesse un concreto pericolo di aggressione. Questa nuova formulazione non ha però impedito che emergessero dubbi di natura interpretativa: ad esempio, si discute se la presunzione abbia carattere assoluto o relativo; si dibatte su come valutare la proporzionalità in relazione al pericolo, sulla eccezionalità della privata difesa e quant'altro. Va inoltre osservato che l'art. 52 comma secondo non chiarisce espressamente e inequivocabilmente a quali beni si riferisca il pericolo di aggressione (bene della vita e incolumità personale e/o beni patrimoniali). Tuttavia, si ritiene abbastanza pacificamente che tale pericolo debba intendersi riferito soltanto alla vita e alla incolumità delle persone presenti nel domicilio ciò si deduce, oltre che da motivi sistematici, dagli

¹ M. BOSCARRELLI, voce *Legittima difesa*, in *Enc. giur., Treccani*, XVIII, Roma, 1990; T. PADOVANI, voce *Legittima difesa*, in *Digesto delle discipline penali*, III, Torino, 1989, 131 e ss.; C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 36.

² G. CIOPPA, *In tema di legittima difesa putativa*, in *Giust. pen.*, 2003. P. PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 797 ss.

³ M. ZANUCCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa: La legge 13 febbraio 2006, n° 59 e prospettive di riforma*, in *Diritto- Concorsi & professioni*, 2007.

stessi lavori preparatori della legge 59/2006 e dalla interpretazione di tale norma alla luce dell'art. 2, comma 2, della CEDU, che ammette la liceità dell'uccisione di una persona da parte del soggetto aggredito soltanto ove tale comportamento risulti "assolutamente necessario" per respingere una violenza illegittima in atto contro una persona e non una mera aggressione al patrimonio⁴.

Nonostante l'intento del legislatore di far chiarezza, sono emersi dubbi in sede dottrinarial⁵ e giurisprudenziale sull'estensione della scriminante prevista dalla nuova formulazione dell'art. 52: nel 2014, la Corte di cassazione ha infatti affermato "*in tema di legittima difesa, la legge 13 febbraio 2006, n. 59, introducendo il comma secondo dell'art. 52 cod. pen., ha stabilito la presunzione della sussistenza del requisito della proporzione tra offesa e difesa, quando sia configurabile la violazione del domicilio dell'aggressore, ossia l'effettiva introduzione del soggetto nel domicilio altrui, contro la volontà di colui che è legittimato ad escluderne la presenza, ferma restando la necessità del concorso dei presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o altrui incolumità*" (Cass. pen. Sez. I, 07-10-2014, n. 50909). Già in precedenza la Suprema Corte aveva chiarito che "*la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, cod. pen., così come mod. dall'art. 1 L. 13 febbraio 2006 n. 59, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione*. (Cass. pen. Sez. I, 21-02-2007, n. 12466).

Sempre sulla natura giuridica della legittima difesa domiciliare la Cassazione ha precisato nel 2014 la presunzione legale di proporzionalità⁶ nella legittima difesa domiciliare non può giustificare l'uccisione di un ladro con l'uso legittimo di armi, quando questo si è introdotto nell'abitazione ma sia stato messo in pericolo soltanto un bene patrimoniale dell'aggredito (Cassazione Penale, Sez. I, 3 luglio 2014, n. 28802)

In seguito a tali pronunce, sono riemerse le opinioni di coloro che non ritenevano sufficiente la novella del 2006⁷: tutto ciò, unito all'assenza di percezione di sicurezza da parte di settori dell'opinione pubblica, ha portato le forze politiche a presentare innumerevoli proposte di legge per modificare nuovamente l'articolo 52 del codice penale nel senso di introdurre o implementare delle presunzioni di proporzionalità della difesa e di ampliare i luoghi ove – in caso di aggressione armata – possa applicarsi questa causa di giustificazione.

Nel corso della XVII legislatura (2013 - 2018) sono state presentati diversi disegni di legge che sono state oggetto di forti e approfondite discussioni all'interno della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati che si sono protratte per tutto il 2016 e che hanno portato nel maggio 2017 all'approvazione di un testo⁸, che ha assorbito le proposte fino ad allora presentate e che si dubita possa alla fine trasformarsi in legge.

⁴ In un'ottica comparata della nozione di legittima difesa si rinvia a A. SZEGÒ, *Ai confini della legittima difesa: un'analisi comparata*, Cedam, Padova, 2003.

⁵ Sull'evoluzione più recente della nozione di legittima difesa, si rinvia, tra gli altri, a D. PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; C. MOSTARDINI, *Brevi riflessioni su un caso ritenuto scriminato dalla legittima difesa domiciliare putativa*, *ibid.*; S. CORBETTA, *I presupposti per l'applicazione della legittima difesa*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2014, 2, 154; D. TORTA, *Nota sul rapporto tra legittima difesa ed eccesso colposo*, in *Giur. it.*, 2007, 3; S. ZIRULIA, *Rapina in tabaccheria e limiti della legittima difesa*, in *Corriere Merito*, 2009, 873.

⁶ V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 826; F. VIGANÒ, *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2006, 207.

⁷ F.SARNO, M.SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Giuffrè, 2008.

⁸ Si tratta del d.d.l. [C. 3785](#), presentato dall'on. David Ermini (Partito Democratico), e discusso in abbinamento ad altri d.d.l. presentati dai gruppi della Lega Nord ([C. 3414](#), [C.3777](#) [C. 2892](#) tutti a firma dell'on. Molteni come primo firmatario), Fratelli d'Italia ([C. 3380](#) a firma on. La Russa), NCD ([C. 3384](#) a firma on. Sammarco), Forza Italia ([C.3427](#) a firma on. Gelmini) e [C. 3434](#) a firma on. Fontana), Ala ([C. 3424](#) a firma on. Faenzi), Movimento art. 1 ([C. 3774](#) a firma on. Formisano).

2. Le recenti proposte di modifica: il disegno di legge C. 3785 approvato il 4.5.2017

Roventi polemiche hanno accompagnato l'approvazione da parte della Camera dei Deputati lo scorso 4 maggio, del disegno di legge che modifica gli articoli 52 e 59 del codice penale, ampliando la scriminante della legittima difesa in caso di violazione di domicilio (art. 619, commi 1 e 2, del c.p.).

Il disegno di legge si compone di soli due articoli, il primo dei quali prevede che *“si considera legittima difesa, nei casi di violazione di domicilio, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno”*. Questo emendamento andrebbe ad aggiungersi al primo comma e l'attuale secondo comma diverrebbe il terzo.

La polemica giornalistica si è incentrata sull'espressione *“aggressione commessa in tempo di notte”*⁹: si è fatto credere che la scriminante della legittima difesa non operasse di giorno, nonostante la congiunzione disgiuntiva *“ovvero”* che fa sì che la scriminante operi comunque qualora sia una *“reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno”*. Certamente la formulazione non è chiara dal punto di vista terminologico così come in dottrina si è discusso circa l'effettiva portata innovativa della nuova formulazione rispetto a quella attuale. È stato giustamente osservato che *“non sempre l'ora notturna corrisponde ad una situazione di minorata difesa: in ora notturna, per esempio, l'azione può svolgersi in un luogo di lavoro, quindi ove non pare potersi ritenere sempre presente una minorata difesa. A proposito vi sarebbe forse anche da domandarsi se il lavoratore, che fa i turni di notte e dorme di giorno, trovandosi i ladri in casa al risveglio non debba avere la stessa tutela di quello che, invece, lavora di giorno e nell'ora notturna sta dormendo”*¹⁰. Piuttosto è necessario interrogarsi sull'effettiva novità della proposta rispetto al testo vigente: il nuovo combinato disposto dei primi tre commi dell'art. 52 crea una casistica che anziché risolvere rischia di rendere ancor più indispensabile l'intervento della giurisprudenza, quando l'intento del legislatore è esattamente l'opposto.

Ad oggi, il disegno di legge approvato¹¹ C. 3785 è stato trasmesso al Senato¹² e assegnato in sede referente alla Commissione Giustizia: si dubita che possa essere approvato prima della fine della legislatura, in quanto l'esame non è ancora iniziato e le stesse forze politiche che appoggiano la proposta hanno annunciato la presentazione di ulteriori modifiche per evitare nuove polemiche a ridosso della prossima campagna elettorale.

Gli animosi contrasti sulla nozione di legittima difesa in caso di violazione di domicilio hanno messo in ombra un altro aspetto importante del disegno di legge: l'art. 2 prevederebbe infatti che *“l'onorario e le spese spettanti al difensore della persona dichiarata non punibile per aver commesso il fatto per legittima difesa o per stato di necessità sono a carico dello Stato”*. Attualmente chi viene assolto perché il fatto non costituisce reato, è comunque costretto a pagare l'onorario dell'avvocato e soprattutto le spese per i periti nominati come consulenti di parte (anatomopatologi, esperti balistici, chimici, etc.). La nuova norma rappresenta sicuramente una conquista di civiltà perché va incontro alle esigenze di chiunque – al termine di un processo – risulti

⁹ Per le numerose polemiche si rinvia alla precisazione del relatore, on. Ermini, che ha proposto successivamente l'eliminazione della parola *“notte”* (cfr. <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Legittima-difesa-stop-renzi-esprime-dubbi-cf03da05-3d4c-482d-baeb-f97504dc9be2.html>). Sulle criticità del d.d.l. è intervenuto lo stesso segretario del Partito Democratico, Matteo Renzi, e il Presidente del Senato Grasso che ha auspicato modifiche. (http://www.repubblica.it/politica/2017/05/05/news/legittima_difesa_l_indignazione_sui_social-164663944).

¹⁰ S. SAVI, *Osservazioni sulla legittima difesa alla luce delle recenti proposte di modifica*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, 7, 938

¹¹ Il disegno di legge è stato approvato con 227 voti favorevoli, 145 contrari e due astenuti. A favore la maggioranza, contro il centrodestra, benché in precedenza Forza Italia avesse votato a favore degli emendamenti proposti dalla commissione.

¹² Si tratta della proposta [S. 2816](#) trasmessa dalla Camera il 4 maggio 2017 e assegnata il 9 maggio alla Commissione giustizia.

assolto da ogni addebito penale circa la sua condotta ed è stato però costretto a sostenere delle spese, a prescindere dalle sue condizioni economiche. Oggi solo coloro che risultano non abbienti possono accedere al gratuito patrocinio a spese dello Stato¹³. Anche se si tratta di soluzione non universalmente condivisa dalla dottrina, sostenendosi, da parte di alcuni, che il beneficio dovrebbe essere concesso solo a coloro che siano stati assolti per non aver commesso il fatto, avendo dovuto costoro sostenere spese per difendersi da un'accusa ingiusta (sicché non è mancato chi ha definito la proposta come “*a un tempo, un indennizzo non irragionevole e un favore discriminatorio rispetto a casi non meno meritevoli*”¹⁴).

Va peraltro osservato che la recente proposta legislativa circa il patrocinio a carico dello Stato a prescindere dal reddito non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento: seppure in tutt'altro ambito rispetto a quello della legittima difesa, si riconosce già adesso ai dipendenti pubblici la rifusione delle spese sostenute nei procedimenti in cui risultano indagati o imputati per atti o fatti inerenti ragioni di servizio purché dal decreto di archiviazione o dalla sentenza di proscioglimento risulti la totale estraneità e l'assenza di un conflitto di interesse con l'Ente di appartenenza. Molteplici sono le fonti di natura contrattuale¹⁵ che prevedono tale facoltà per il dipendente: si riporta a titolo esemplificativo l'art. 28 del CCNL Enti locali del 14.9.2000 secondo cui “*l'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento*”.

Il legislatore intenderebbe adesso ampliare la possibilità di rifusione a tutti coloro che risultano prosciolti dall'accusa di eccesso colposo di legittima difesa o addirittura di omicidio colposo per la sussistenza della scriminante di cui all'art. 52 del codice penale.

3. Gli interventi legislativi regionali sul patrocinio legale

Il tema della rifusione delle spese legali a coloro che risultano indagati o imputati per un fatto per il quale si invoca la causa di giustificazione della legittima difesa, soprattutto nell'ultimo biennio, è divenuto oggetto di dibattito politico. Si è assistito ad un fenomeno particolare: i consigli regionali della Lombardia¹⁶, del Veneto¹⁷ e della Liguria¹⁸ hanno istituito nei propri bilanci un apposito fondo riservato a garantire le spese di patrocinio legale di coloro che sono accusati di eccesso colposo di legittima difesa. Risulta del tutto evidente la *ratio* politica alla base di una simile scelta: le Regioni guidate da una coalizione di centrodestra (Forza Italia, Lega Nord e Fratelli d'Italia) intendevano sfidare il governo Renzi su una tematica di sicuro e diretto impatto mediatico.

La Regione Lombardia è stata l'apripista: l'articolo 21, comma 2, della legge regionale 24 giugno 2015, n. 17 recante “*interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità organizzata e per la promozione della cultura e della legalità*”, stabilisce:

¹³ D.p.r. 30/05/2002, n. 115, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, artt. 74 - 141.

¹⁴ D. PULITANÒ, *op. cit.*, 8.

¹⁵ Per i dipendenti delle amministrazioni statali la disposizione di riferimento è, però, l'art. 18 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*, conv., con modif., nella l. 23 maggio 1997 n. 135 e modificato da ultimo dal d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modif., nella l. 2 dicembre 2005, n. 248.

¹⁶ L. reg. Lombardia 24 giugno 2015 n. 17, *Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità organizzata e per la promozione della cultura e della legalità*.

¹⁷ L. reg. Veneto 23 febbraio 2016 n. 7, *Legge di stabilità regionale 2016*.

¹⁸ L. reg. Liguria 5 luglio 2016, n. 11, *Interventi in favore delle vittime della criminalità*.

“La Regione favorisce gli interventi di assistenza e di aiuto ai familiari degli esercenti un’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, nonché degli altri soggetti deceduti, vittime della criminalità, mediante:

a) assistenza legale;

b) contributi utili ad affrontare emergenze economiche causate dal decesso.

La Regione prevede il patrocinio a proprie spese nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero assolti per la sussistenza dell’esimente della legittima difesa. Il presente comma si applica ai cittadini nei cui confronti l’azione penale è esercitata a decorrere dal 1° gennaio 2015. La Giunta regionale definisce i criteri e le modalità per l’accesso al patrocinio con apposito regolamento che ne disciplina l’applicazione in ordine alle varie fattispecie”.

La norma regionale prevede quindi di farsi carico delle spese legali non solo di coloro che sono assolti perché è stata loro riconosciuta la scriminante della legittima difesa, ma pure di coloro che siano accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa. Essa ha quindi una portata molto ampia perché si applica anche nell’ipotesi di un delitto contro il patrimonio e nell’ipotesi di una condanna dell’agredito per eccesso colposo in legittima difesa. Va a tal proposito rilevato che la giurisprudenza ha da sempre chiarito che l’aggressione al bene “patrimonio” diviene rilevante solo nel caso in cui bene patrimoniale, sia accompagnata anche dal pericolo di una offesa alla incolumità dell’agredito. Secondo la dottrina, questa lettura è l’unica compatibile con l’art. 2, secondo comma, della CEDU che ammette la liceità dell’uccisione dell’aggressore da parte del privato agredito soltanto nella misura in cui una tale condotta risulti assolutamente necessaria per respingere una violenza illegittima in atto e non già una mera aggressione al patrimonio¹⁹.

Occorre rilevare da subito che la disposizione regionale *de qua*, a differenza di quanto accaduto in seguito per le analoghe decisioni delle Regioni Veneto e Liguria, non è stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio dinanzi alla Corte costituzionale. Quindi ad oggi i residenti in Lombardia hanno facoltà di presentare istanza per accedere al patrocinio a carico della Regione: in attuazione della legge, la Giunta regionale ha approvato il relativo regolamento di attuazione²⁰ in base al quale i cittadini, residenti o domiciliati in Lombardia hanno facoltà di richiedere il rimborso delle spese e degli onorari sostenuti per la difesa legale in ogni fase e grado del procedimento penale, nel rispetto del limite massimo complessivo di euro 30.000,00.

Il rimborso, riservato a differenza del gratuito patrocinio statale ai soli cittadini e non agli stranieri e agli apolidi, può essere concesso a procedimento in corso, anche se si prevede che qualora il procedimento penale si concluda con sentenza di condanna definitiva, per reato diverso dal delitto per eccesso colposo in legittima difesa, la Regione ripeterà all’interessato le somme già corrisposte, a titolo di patrocinio (art. 8 comma 3 del regolamento).

L’esempio della Lombardia è stato seguito dal Veneto²¹ con due varianti significative: esso ha accolto un orientamento molto più restrittivo in merito alla legittimazione attiva: il patrocinio poteva infatti essere proposto solo da “cittadini residenti in Veneto da almeno quindici anni” (art.

¹⁹ F. VIGANÒ, *Spunti per un progetto "alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero), Milano, 2005, 2034

²⁰ Reg. reg. 14 gennaio 2016, n. 1, *Criteri e modalità per l’accesso al patrocinio a spese di Regione Lombardia, ai sensi dell’articolo 21, comma 2, della L. reg. 24 giugno 2015, n. 17*. In attuazione del regolamento è stato emanato dal Dirigente della struttura sicurezza urbana e immigrazione il D.d.s. 26 gennaio 2016, n. 402, *Modalità di presentazione della domanda per il patrocinio a spese di Regione Lombardia*. I testi sono consultabili nel sito istituzionale della Reg. Lombardia alla pagina <http://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioProcedimento/servizi-e-informazioni/cittadini/Sicurezza-e-protezione-civile/Polizia-locale/accesso-patrocinio-legale/accesso-patrocinio-legale>.

²¹ In Veneto, questa legge è nota come “Legge Stacchio”: dal nome del proprietario di un impianto di carburanti che, a Ponte di Nanto (VI), il 3 febbraio 2015, aveva imbracciato il fucile per rispondere al fuoco dei banditi che avevano assaltato l’oreficeria vicina alla sua pompa di benzina, uccidendone uno. Il 6 giugno 2016 è stato emesso il decreto di archiviazione dell’accusa di eccesso colposo di legittima difesa.

12 comma 2 della legge regionale 23 febbraio 2016 n. 7). Al tempo stesso la Regione estendeva il patrocinio anche a coloro “*che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati [...] di omicidio colposo per aver tentato di difendere se stessi, la propria attività, la famiglia o i beni, da un pericolo attuale di un’offesa ingiusta*”.

Un’altra novità era contenuta ai commi 3 e 4 dello stesso art. 12: al fine di tutelare gli addetti delle Polizie locali e delle Forze dell’ordine operanti sul territorio, veniva istituito un apposito fondo regionale volto a garantire:

“a) l’anticipo delle spese mediche, e il ristoro di eventuali quote non rimborsate da assicurazioni o risarcimenti, derivanti da cure effettuate presso il sistema sanitario regionale dagli addetti delle Polizie locali e delle Forze dell’ordine operanti nel territorio regionale che siano rimasti feriti sul campo durante azioni di prevenzione e di contrasto della criminalità rientranti nelle proprie funzioni;

b) il patrocinio legale gratuito agli addetti delle Polizie locali e delle Forze dell’ordine operanti nel territorio regionale che risultino destinatari di procedimenti legali per scelte intraprese durante azioni di prevenzione e di contrasto della criminalità rientranti nelle proprie funzioni”.

Sempre nel 2016 la Liguria ha dettato delle norme sul patrocinio legale, eliminando però il riferimento all’omicidio colposo che era presente nella legge del Veneto: da questo punto di vista la normativa ligure è molto più simile a quella lombarda, anche perché il legislatore ligure era a conoscenza che il Governo aveva impugnato la normativa veneta. È forse per questo motivo che non viene introdotto un apposito fondo per le polizie locali.

L’elemento di novità introdotto dalla Liguria riguarda l’introduzione di un criterio di priorità per i soggetti di età superiore ai sessantacinque anni nella concessione del contributo (il Veneto aveva stanziato in bilancio per il primo anno € 100.000,00; la Liguria invece € 20.000,00).

È in questo contesto di frammentarietà che la Corte costituzionale è chiamata ad intervenire e la sua pronuncia in merito avviene poco più di un mese prima (13.4.2017) che la Camera dei deputati licenzi in prima lettura le modifiche agli artt. 52 e 59 del codice penale, introducendo altresì un fondo per coloro che sono stati assolti in virtù della legittima difesa.

4. La [sentenza n. 81 del 2017](#) della Corte costituzionale.

A differenza di quanto accaduto per la Lombardia, il Governo ha impugnato la normativa regionale sostenendo che essa realizza una scelta di politica criminale, che «spetta allo Stato perché attiene all’equilibrio dei rapporti sociali, all’ordine pubblico e alla sicurezza nazionale, cioè ad un bilanciamento di interessi di competenza statale», con conseguente lesione dell’art. 117, secondo comma, lettera h) della Costituzione. La norma violerebbe anche il principio di eguaglianza perché attribuisce il patrocinio a carico del bilancio regionale ai soli cittadini residenti in Veneto da almeno quindici anni, mentre – se del caso – dovrebbe essere riconosciuta a tutti coloro i quali versano nella stessa situazione, indipendentemente dal tempo dal quale risiedono nella Regione Veneto e pure a prescindere dalla stessa nozione di residenza.

Nel resistere al ricorso, la Regione Veneto ha invece sostenuto la legittimità della limitazione ai soli residenti da 15 anni sulla base che si tratta di una provvidenza che eccede quelle essenziali e per l’esiguità delle risorse a disposizione. Quanto alla pretesa violazione della competenza statale, la Regione ha affermato che la disposizione impugnata non inciderebbe sulla disciplina sanzionatoria, non introdurrebbe una causa di giustificazione e neanche stabilirebbe «agevolazioni in rito per gli indagati e gli imputati di tali reati». Da ciò ne consegue che essa non influisce sulle politiche preventive o repressive di sicurezza o di ordine pubblico.

La Corte costituzionale, nella [sentenza n. 81 del 2017](#), ha invece accolto il ricorso e ha dichiarato l’illegittimità dell’intero art. 12 della legge regionale sia nella parte che istituisce un fondo riservato per i cittadini residenti da almeno 15 anni sia in quella che prevede la creazione di un fondo supplementare per gli appartenenti alle forze di polizia.

La Corte si è richiamata anzitutto ad un proprio precedente: con la [sentenza n. 299 del 2010](#) aveva già dichiarato l'illegittimità di una norma della Regione Puglia che garantiva “*la tutela legale, in particolare l'effettività del diritto di difesa, agli immigrati presenti a qualunque titolo sul territorio della regione*”²². Successivamente, dopo aver sottolineato che “*la disciplina del diritto di difesa, costituisce oggetto delle norme statali, le quali lo contemplano «in riferimento al processo penale, civile, amministrativo, contabile e tributario e negli affari di volontaria giurisdizione»*», la Corte ha escluso la riconducibilità della norma ad ambiti materiali di competenza regionale e ha statuito che la normativa veneta è costituzionalmente illegittima, poiché interviene sulla disciplina del patrocinio nel processo penale e del diritto di difesa; conseguentemente, incide su di un ambito materiale riservato dall'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, non risultando la misura riconducibile ad attribuzioni della Regione. Sulla base di tale assunto, la Corte ha ritenuto assorbite le altre eccezioni presentate, tra cui quella del limite del riconoscimento del beneficio solo a coloro che hanno quindici anni di residenza. Sarebbe stato invece utile che la Corte affrontasse complessivamente la questione in modo da orientare il legislatore statale proprio nel momento in cui questo si apprestava a normare la materia. La sentenza della Corte non dissipa alcuni problemi di fondo: innanzitutto sarebbe legittimo che il cosiddetto “patrocinio legale pubblico” sia riservato solo ai cittadini italiani ed europei e non pure agli stranieri extracomunitari e agli apolidi? Ad esempio, le norme sul gratuito patrocinio si applicano a prescindere dal requisito della cittadinanza e tanto meno della residenza.

Un altro aspetto che probabilmente avrebbe meritato di essere affrontato riguarda la questione se la compartecipazione alle spese di patrocinio possa essere concessa già a partire dalla fase delle indagini preliminari: in tal senso andavano le normative di tutte e tre le Regioni interessate. Orbene, può accadere che, all'esito del processo, l'imputato che ha beneficiato del patrocinio pubblico sia dichiarato colpevole: in tal caso l'Ente è ovviamente tenuto a richiedere quanto *già* concesso, ma sussiste il rischio che la ripetizione delle somme non avvenga in concreto. Non è un caso che il progetto di legge, approvato il 4 maggio 2017 dalla Camera dei Deputati, preveda il riconoscimento del beneficio solamente all'esito del processo: il legislatore statale (*rectius* l'attuale maggioranza parlamentare) – se non vi saranno modifiche al Senato sul punto specifico – assume un orientamento nettamente opposto a quello della Regione Lombardia, la cui normativa è in vigore non essendo stata impugnata a suo tempo dal Governo. Sarebbe quindi stato utile che la Corte costituzionale avesse chiarito il *dies a quo* dal quale è possibile accedere a tale patrocinio.

La Corte è, invece, entrata del «Fondo regionale per il patrocinio legale ed il sostegno alle spese mediche degli addetti delle Polizie locali e delle Forze dell'ordine» che ha ritenuto anch'esso incostituzionale. A giudizio della Corte, gli addetti alle Polizie locali, per effetto della privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, hanno una regolamentazione che concerne una materia attinente all'ordinamento civile, attratta quindi nella competenza esclusiva dello Stato. La disciplina del rapporto di lavoro è infatti contraddistinta dal concorso della fonte legislativa statale (le previsioni imperative del d.lgs. n. 165 del 2001) e della contrattazione collettiva (art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001). È stato osservato che al fondo avrebbero avuto accesso anche gli appartenenti alla Polizia di Stato, all'Arma dei carabinieri, alla Guardia di finanza ed alla Polizia penitenziaria, nonostante si tratti di personale in regime di diritto pubblico (art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001). La disposizione regionale interviene quindi su profili del rapporto lavoro dello stesso, che costituiscono oggetto delle norme statali che disciplinano pure l'aspetto relativo alle spese di cura sostenute dal personale delle Forze di polizia, conseguenti a ferite o lesioni riportate nell'espletamento dei servizi di polizia, riconosciute dipendenti da causa di servizio. È stata quindi invasa la competenza legislativa dello Stato nella materia «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato» (art. 117, secondo comma, lettera g, Cost.), oltre che in quella «ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettera l, Cost.).

²² L. reg. della Puglia 4 dicembre 2009, n. 32, *Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia*, art. 1 comma 3 lettera h).

In sintesi, la Corte ha ribadito che spetta esclusivamente allo Stato disciplinare le modalità di accesso al patrocinio legale gratuito, proprio come adesso avviene per i non abbienti. Le Regioni non possono supplire con una propria normativa anche in assenza di un'apposita disciplina statale. Così come la normativa veneta, anche quella ligure dovrebbe essere cassata nonostante la sua maggior prossimità a quella lombarda. Al momento però non vi è stata alcuna pronuncia.

5. Spunti conclusivi

Dopo la sentenza della Corte, sembra necessario un intervento del legislatore statale per riconoscere il ristoro delle spese sostenute a coloro che sono stati indagati o addirittura imputati per un reato per il quale è stata poi riconosciuta la scriminante della legittima difesa. In questa direzione va la proposta di legge, al momento depositata in Senato, il cui esame però non è ancora iniziato. L'attuale quadro politico non rende ottimisti circa una sua trasformazione in legge perché la questione del ristoro delle spese è inserita in un progetto che riguarda le modifiche alla nozione di legittima difesa, su cui il confronto polemico è rovente. Inoltre un'eventuale fine anticipata della legislatura rischierebbe di far naufragare definitivamente la proposta di legge, nonostante la sua importanza sia riconosciuta da tutte le forze politiche.

Alcune amministrazioni comunali, a seguito della sentenza della Corte e del possibile fallimento del progetto di legge, hanno approvato atti di indirizzo per riconoscere almeno un simbolico ristoro a coloro che si sono trovati in una tale situazione di fatto, ma – alla luce della pronuncia della Corte in questione – sorgono dubbi circa la loro legittimità talché le stesse Amministrazioni locali potrebbero essere esposte ad una condanna per un eventuale danno erariale, in quanto destinano delle risorse pubbliche per una materia sulla quale non sussiste più il dubbio che sia riservata esclusivamente allo Stato. Non potendo partecipare direttamente al patrocinio legale, i Comuni potrebbero comunque prevedere dei contributi o delle sovvenzioni in ambito socio assistenziale a favore dei nuclei familiari o dei singoli che abbiano subito un'intrusione violenta nella propria abitazione e che risultino indagati per eccesso colposo di legittima difesa. Tale facoltà potrebbe rientrare in quell'ambito di discrezionalità delle erogazioni liberali che normalmente compiono gli Enti locali, previa adozione di un apposito regolamento. Si tratta di un terreno inesplorato, anche in sede consultiva dalle sezioni di controllo della Corte dei Conti, perché solo adesso – a seguito della sentenza della Corte e del probabile naufragio parlamentare della proposta di legge statale – i comuni si pongono il problema di come affrontare la questione della sicurezza domiciliare.

In ogni caso, la questione resta del tutto aperta: del resto, riconoscere il patrocinio a carico dello Stato per coloro che hanno subito un'aggressione alla incolumità propria e dei loro congiunti per impossessarsi di beni patrimoniali parrebbe una questione di civiltà giuridica nella misura in cui concorra a rendere effettivo il diritto costituzionale alla difesa.

Roberto Di Maria

**La Regione siciliana davanti alla Corte: lo scrutinio “sistematico” di legittimità costituzionale e la “arte” di ricorrere e resistere in giudizio
(brevi note a Corte cost., sentt. [n. 133](#) e [n. 140/2017](#))**

SOMMARIO: 1. *Premessa: le questioni oggetto delle sentenze [n. 133](#) e [n. 140/2017](#).* – 2. *Una opinabile definizione del parametro ed una, altrettanto opinabile, interpretazione del rapporto fra fonte statale e fonte regionale?* – 3. *Il de profundis della autonomia finanziaria regionale, fra prova (diabolica) ed insufficiente argomentazione giuridica.* – 4. *Valutazioni “di sistema” e flessibilità delle norme processuali.* – 4.1. (segue) nella [sentenza n. 133/2017](#). – 4.2. (segue) e nella [sentenza n. 140/2017](#). – 5. *Brevi considerazioni conclusive.*

1. *Premessa: le questioni oggetto delle sentenze [n. 133](#) e [n. 140/2017](#).*

La Corte costituzionale si è recentemente pronunciata su due ricorsi aventi come parte la Regione siciliana – in un caso, nelle vesti di resistente; nell’altro, in quelle di ricorrente – sfociati, rispettivamente, nelle sentenze [n. 133](#) e [n. 140/2017](#).

Sebbene relativi ad argomenti molto diversi – ma omogeneamente riconducibili al tema “finanziario” in quanto direttamente dedotti dalle leggi di stabilità del 2016, dello Stato e della Regione – i summenzionati procedimenti sembrano però presentare un tratto in comune: l’opinabile formulazione delle questioni, specialmente in relazione alla precisa definizione del *thema decidendum*, e la – altrettanto opinabile – coerenza fra gli elementi dedotti (e valutati) dal suddetto *thema*, da un lato, e l’esito dei giudizi, d’altro lato.

In entrambi i casi, dunque, l’aspetto che si intende porre in rilievo – e commentare molto sinteticamente – è una (apparente) irrazionalità del sindacato, con riferimento ad alcuni dei suoi elementi essenziali, determinata da una incongrua sussunzione del raccordo ermeneutico fra oggetto e parametro, nel primo dei due; e dalla apoditticità della motivazione, in ordine ad una (asseritamente) incompleta rappresentazione degli elementi rilevanti per il giudizio, nel secondo.

Ut supra, in apparente controtendenza rispetto alla logica “sistematica” che dovrebbe generalmente connotare lo scrutinio di costituzionalità.

Volendo indi procedere secondo l’ordine cronologico delle pronunce, si analizzerà prima la [sentenza n. 133](#) e poi la [n. 140](#).

2. *Una opinabile definizione del parametro ed una, altrettanto opinabile, interpretazione del rapporto fra fonte statale e fonte regionale?*

La [sentenza n. 133](#) trae origine da un ricorso presentato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, avente ad oggetto – tra le altre, numerose, disposizioni della l. r. Sicilia 3/2016 (cfr. “legge di stabilità regionale”) – anche la previsione di cui all’art. 12, ai sensi del quale «i Comuni che hanno istituito o che istituiscono zone a traffico limitato (ZTL) approvano [...] un regolamento che preveda: a) le tariffe per ottenere il permesso di accesso alle ZTL; b) le riduzioni per i veicoli meno inquinanti; c) l’accesso gratuito alle ZTL per le persone disabili, le cui autovetture siano dotate di contrassegno speciale, e per le vetture a trazione elettrica; d) le agevolazioni per i residenti all’interno del perimetro ZTL e l’applicazione agli stessi di tariffe differenziate rispetto a quelle applicate ai non residenti; e) le misure necessarie volte ad incentivare il trasporto pubblico e la lotta all’inquinamento; f) il regime delle sanzioni da applicare in base al Codice della strada, nonché appositi strumenti di monitoraggio sull’inquinamento».

Scorrendo la sentenza della Consulta, si ricava che la lesione della Costituzione lamentata dal ricorrente discenderebbe dalla previsione dell’art. 117, comma 2, lett. h) – che riserva allo Stato, in via esclusiva, la competenza in materia di «ordine pubblico e sicurezza» – presuntivamente violata

dal Legislatore regionale siciliano, ove la disciplina genericamente inerente alla istituzione e regolamentazione delle c.d. “ZTL” (i.e. “zone a traffico limitato”) comunali – sì come appunto desumibile dal tenore del richiamato art. 12 della legge regionale – si consideri rientrante nel summenzionato ambito materiale e non, invece, nel «regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative» che l’art. 14, lett. o), St. attribuisce espressamente alla competenza “primaria” della Regione siciliana¹.

Nel rispetto di una ermeneutica metodologicamente asseverata dal Giudice delle leggi fin dalle prime decisioni inerenti al riparto di potestà legislativa fra Stato e Regioni (anche “speciali”) come novellato a seguito della entrata in vigore della l. cost. 3/2001², anche in tal caso la decisione si basa sul riconoscimento della riconducibilità dell’oggetto della legge – e dunque della disciplina di uno specifico settore dell’ordinamento giuridico – ad una “materia” statale o regionale alla luce del combinato disposto dai commi 2, 3 e 4 dell’art. 117 Cost.: ed infatti «la previsione che i Comuni debbano regolamentare le zone a traffico limitato costituisce esercizio della potestà legislativa primaria invocata dalla Regione, attenendo alla materia “regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative”»³.

Nella (succinta) motivazione che segue la superiore asserzione, la Corte puntualizza che la competenza regionale siciliana (esclusiva) in materia discenderebbe dalla incidenza della relativa disciplina «sul riparto delle attribuzioni fra gli organi comunali», vieppiù giustificata dalla esigenza di pervenire ad «un assetto ordinamentale unitario, a livello regionale»; in tal senso, dunque, gli «ambiti di esercizio della potestà regolamentare comunale» nello specifico settore della mobilità urbana non possono che essere rimessi alla «individuazione regionale», funzionale altresì a dettare «una disciplina uniforme delle [relative] fonti normative»⁴.

Se non s’è indì malinteso il – seppur sintetico – *iter* logico-argomentativo seguito dal Giudice delle leggi, la denunciata illegittimità costituzionale (*ex* art. 117, comma 2, lett. h) non sussisterebbe, poiché la competenza del Legislatore siciliano si ricaverebbe – prima che dalla maggiore (o migliore) corrispondenza della normativa *de qua* alla materia (regionale) «regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative» anziché a quella (statale) «ordine pubblico e sicurezza» – dalla strumentalità dell’intervento legislativo regionale rispetto alla definizione di una piattaforma normativa omogenea, sulla quale innestare la specifica regolamentazione degli Enti locali.

Se così è, v’è però da chiedersi se lo stesso effetto di “omogeneizzazione normativa” non sia già prodotto dalla disposizione di legge (statale) – peraltro espressamente richiamata nella sentenza, in quanto presuntivamente antinomica rispetto a quella regionale – di cui all’art. 7, comma 9, d.lgs. 285/1992 (c.d. “Nuovo Codice della strada”) che recita: «i Comuni, con deliberazione della Giunta, provvedono a delimitare le aree pedonali e le zone a traffico limitato tenendo conto degli effetti del traffico sulla sicurezza della circolazione, sulla salute, sull’ordine pubblico, sul patrimonio ambientale e culturale e sul territorio [...] Analogamente i Comuni provvedono a delimitare altre zone di rilevanza urbanistica nelle quali sussistono esigenze particolari di traffico [e] possono subordinare l’ingresso o la circolazione dei veicoli a motore, all’interno delle zone a traffico limitato, anche al pagamento di una somma»⁵.

¹ Cfr. [Corte cost, sent. n. 133/2017](#), punto 3.1 del *considerato in diritto*.

² La c.d. “riforma del Titolo V”. Fra le prime, rilevanti, sentenze in materia di riparto di potestà legislativa Stato-Regioni si segnalano [Corte cost., sentt. nn. 282/2002](#) e [303/2003](#), entrambe ampiamente commentate, nonché precedenti decisivi per il successivo sviluppo della relativa giurisprudenza.

³ [Corte cost, sent. n. 133/2017](#), punto 3.3 del *considerato in diritto*.

⁴ Cfr. sempre *ibidem*.

⁵ A completamento di quanto sopra, l’ultimo inciso del comma 9 aggiunge che «con direttiva emanata dall’Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale entro un anno dall’entrata in vigore del presente Codice, sono individuate le tipologie dei Comuni che possono avvalersi di tale facoltà, nonché le modalità di riscossione del pagamento e le categorie dei veicoli esentati»; in materia si veda la circolare del Ministro dei lavori pubblici del 21 luglio 1997, n. 3816, «Direttive per l’individuazione dei Comuni che possono subordinare l’ingresso o la circolazione dei veicoli a motore, all’interno delle zone a traffico limitato, al pagamento di una somma, nonché per le modalità di riscossione della tariffa e per le categorie dei veicoli a motore esentati», anch’essa esplicitamente richiamata nella sentenza in esame.

Pare infatti di potersi affermare che le due previsioni, quella statale e quella regionale, disciplinino sostanzialmente la medesima materia – ossia i medesimi profili di un omogeneo settore dell’ordinamento giuridico – puntualizzando quali siano le competenze dell’Ente locale (i.e. Sindaco e Giunta) nella concreta regolamentazione della mobilità urbana⁶.

Sotto questo profilo, allora, la possibile illegittimità costituzionale della disposizione regionale potrebbe essere declinata non tanto in termini di “competenza”, *ex art. 117 Cost.*, quanto in ordine al valore che – nel sistema delle fonti del diritto italiano – dovrebbe invece riconoscersi (eventualmente) al Codice della strada: se cioè – come per gli altri “Codici” – anche esso non debba essere considerato una fonte del diritto di carattere “generale”; le disposizioni in esso contenute essere indi ricondotte nell’alveo del c.d. “ordinamento civile”; ed essere pertanto considerato vincolante *erga omnes*, fatto salvo il coordinamento della normativa “generale” – o “di principio” – con quella “speciale” di concreta ed eventualmente differenziata attuazione dei medesimi, in una (stavolta) corretta prospettiva di *multilevel system of government*.

Volendo infatti portare alle estreme conseguenze – seppur astrattamente – la rassegnata interpretazione giurisprudenziale, ci si potrebbe chiedere quali disposizioni del Codice della strada possano essere allora considerate “cedevoli” (e quali no) rispetto alla competenza legislativa (esclusiva, *ex art. 14 St.*) del Legislatore regionale siciliano; ed altresì inferire, quindi, che nel relativo ambito materiale la Regione siciliana possa non soltanto, come nel caso in esame, introdurre disposizioni sostanzialmente omogenee a quelle statali ma, eventualmente, anche derogatorie delle medesime facendo leva, appunto, sulla predetta competenza e provocando, così, un effettivo problema di coordinamento fra normativa statale e regionale.

Pur con la consapevolezza che il giudizio della Corte costituzionale è comunque modulato sulle emergenze del caso concreto nonché sul tenore delle disposizioni impugnate come oggetto e parametro, si resta tuttavia perplessi innanzi ad una sentenza che preserva una disposizione di legge regionale apparentemente riprodotiva di una (analoga) disposizione di legge statale – vieppiù contenuta in un “Codice”, ovvero in una fonte del diritto formalmente esaustiva della disciplina giuridica di uno specifico settore ordinamentale – che, sebbene non ontologicamente illegittima, sembra quantomeno incoerente sotto il profilo sia del rapporto funzionale fra fonti, sia della logica intrinseca del relativo sistema.

E resta pertanto il dubbio che, diversamente formulata, la questione avrebbe potuto trovare accoglimento da parte del Giudice delle leggi.

3. Il de profundis della autonomia finanziaria regionale, fra prova (diabolica) ed insufficiente argomentazione giuridica.

⁶ Sul punto deve altresì precisarsi che, ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, «nei centri abitati i Comuni possono, con ordinanza del Sindaco: [...] b) limitare la circolazione di tutte o di alcune categorie di veicoli per accertate e motivate esigenze di prevenzione degli inquinamenti e di tutela del patrimonio artistico, ambientale e naturale, conformemente alle direttive impartite dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti, per le rispettive competenze, il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ed il Ministro per i beni culturali e ambientali; c) stabilire la precedenza su determinate strade o tratti di strade, ovvero in una determinata intersezione [...] e, quando la intensità o la sicurezza del traffico lo richiedano, prescrivere ai conducenti, prima di immettersi su una determinata strada, l’obbligo di arrestarsi all’intersezione e di dare la precedenza a chi circola su quest’ultima; d) riservare limitati spazi alla sosta dei veicoli degli organi di polizia stradale [...] dei vigili del fuoco, dei servizi di soccorso, nonché di quelli adibiti al servizio di persone con limitata o impedita capacità motoria, munite del contrassegno speciale, ovvero a servizi di linea per lo stazionamento ai capilinea; e) stabilire aree nelle quali è autorizzato il parcheggio dei veicoli; f) stabilire, previa deliberazione della giunta, aree destinate al parcheggio sulle quali la sosta dei veicoli è subordinata al pagamento di una somma da riscuotere mediante dispositivi di controllo di durata della sosta, anche senza custodia del veicolo, fissando le relative condizioni e tariffe in conformità alle direttive del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le aree urbane; g) prescrivere orari e riservare spazi per i veicoli utilizzati per il carico e lo scarico di cose; h) istituire le aree attrezzate riservate alla sosta e al parcheggio delle autocaravan [...]; i) riservare strade alla circolazione dei veicoli adibiti a servizi pubblici di trasporto, al fine di favorire la mobilità urbana». Appare quindi evidente che nel Codice fossero già ampiamente e dettagliatamente previste le competenze del Sindaco in una materia assai specifica, com’è la disciplina delle c.d. “ZTL”.

La [sentenza n. 140](#) trae origine da un ricorso presentato, invece, dalla Regione siciliana che ha impugnato – *ex multis* – i commi 61, 65, 66, 67, 68 e 69 («anche in combinato disposto con il comma 638») dell’art. 1, l. 208/2015, ovverosia della c.d. “legge di stabilità” dello Stato; deducendo come parametro di legittimità costituzionale, in specie, gli artt. 36 e 37 St., nonché il c.d. “principio di leale collaborazione”.

Le doglianze dedotte nel ricorso dalla Regione siciliana si appuntavano sugli effetti derivanti dalla applicazione delle suddette disposizioni di legge statale, ovverosia una (presunta) riduzione delle entrate fiscali destinata «a ripercuotersi negativamente anche sul bilancio della [Regione] in ragione della sua compartecipazione al gettito dei tributi erariali, prevista dagli artt. 36 e 37 dello statuto di autonomia e dall’art. 2 delle relative disposizioni di attuazione in materia finanziaria»; ciò considerato, vieppiù, che lo Stato né aveva previamente concertato con la Regione medesima il contenuto delle suddette disposizioni né, tantomeno, aveva contestualmente previsto adeguate e correlate misure compensative⁷.

Secondo la difesa regionale tali effetti negativi sarebbero ulteriori – e si sommerebbero – a quelli già recati «da altre precedenti riduzioni di risorse subite dalla Regione negli ultimi anni» rendendo impossibile, così, «lo svolgimento delle funzioni ad essa affidate»⁸.

Appare dunque evidente che la questione, come formulata dalla Regione ricorrente, avrebbe mirato ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale non tanto in ordine ad una antinomia direttamente dedotta dai rispettivi ambiti di competenza legislativa quanto, semmai, dalla indiretta lesione del principio di autonomia finanziaria – specificamente espresso, per la Regione siciliana, nel combinato disposto dagli artt. 36 e 37 St., nonché dalle relative disposizioni di attuazione – cagionata dagli effetti concretamente prodotti dalla normativa statale.

Ed in effetti, relativamente alle leggi (statali) produttive di una riduzione del gettito di tributi erariali di competenza regionale, la Corte costituzionale – ripercorrendo la propria, consolidata, giurisprudenza in tema di tributi c.d. “propri” e “derivati” – ha confermato che «lo Stato può legittimamente variare la disciplina dei tributi erariali, incidere sulle aliquote e persino sopprimerli, in quanto essi rientrano nell’ambito della sua sfera di competenza esclusiva, secondo quanto previsto dall’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.»⁹; peraltro, con specifico riferimento alla Regione siciliana, nella sentenza si ribadisce che «lo statuto di autonomia non assicura [...] una garanzia quantitativa di entrate, cosicché il legislatore statale può sempre modificare, diminuire o persino sopprimere i tributi erariali, senza che ciò comporti una violazione dell’autonomia finanziaria regionale» purché, nell’esercizio di tale potestà, non sia superato l’unico limite della

⁷ Virgolettato letteralmente tratto da [Corte cost., sent. n. 140/2017](#), punto 1.2 del *considerato in diritto*. In particolare, l’art. 1, comma 61, l. 208/2015 dispone una riduzione dell’aliquota IRES dal 27,5% al 24%; il successivo comma 67 – modificando l’art. 96, comma 5 *bis*, d.P.R. 917/1986 (cfr. «Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi», c.d. “TUIR”) – dispone la deducibilità dall’IRES degli interessi passivi sostenuti dalle imprese di assicurazione e dalle società capogruppo di gruppi assicurativi. L’art. 1, comma 49, lett. *b*), l. 232/2016 (cfr. «Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019») ha poi esteso la predetta deducibilità anche alle «società di gestione dei fondi comuni d’investimento di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

⁸ *Ibidem*. La Regione richiama, in specie, l’art. 1, comma da 65 a 69, che introducono un’addizionale all’IRES del 3,5% per gli enti creditizi e finanziari (*ex d.lgs. 87/1992*) e per la Banca d’Italia, dettandone altresì la specifica disciplina.

⁹ *Ibidem*, punto 3 del *considerato in diritto*. Dalle risalenti [sentt. nn. 296, 297 e 311/2003](#), fino alle più recenti [sentt. nn. 298/2009, 241/2012, 97/2013, 89/2015 e 29/2016](#) – successive alla entrata in vigore della fondamentale l. 42/2009 – l’indirizzo giurisprudenziale è stato sempre univoco: la “natura” (statale o regionale) del tributo discende direttamente dalla fonte istitutiva del medesimo (i.e. legge statale o regionale) e, di conseguenza, anche la competenza a modificarne gli elementi costitutivi. Per un approfondimento in materia, sia consentito rinviare a R. DI MARIA, *Autonomia finanziaria e decentramento istituzionale. Principi costituzionali, strumenti e limiti*, Torino, 2013.

«riduzione di entità tale da rendere impossibile lo svolgimento delle funzioni regionali o da produrre uno squilibrio incompatibile con le esigenze complessive della spesa regionale»¹⁰.

Uscendo quindi dal paradigma “competenziale”, la pretesa illegittimità costituzionale delle impugnate disposizioni statali non avrebbe potuto che dipendere (soltanto) dalla violazione del summenzionato limite; e sarebbe stato in capo alla stessa Regione siciliana, pertanto, il dovere di indicare puntualmente la misura in cui tale violazione sarebbe ridondata – indi compromettendola – sulla sua autonomia finanziaria: ed infatti «se lo Stato esercita legittimamente una propria prerogativa esclusiva che, come tale, sfugge anche alle procedure di leale collaborazione, la dimostrazione della lesività delle rimodulazioni delle entrate tributarie rimane a carico della Regione ricorrente [che] deve fornirne prova in concreto, attraverso l’analisi globale delle componenti del proprio bilancio»¹¹.

È per tal motivo, allora, che la difesa regionale ha presentato – in sede di ricorso – alcuni dei dati che le SS.UU. della Corte dei conti, con funzioni di controllo, aveva rassegnato in occasione del giudizio di parifica del rendiconto per l’esercizio finanziario dell’anno 2014, dai quali si sarebbe intanto dedotto che «lo Stato trattiene a titolo di accantonamenti parte delle entrate di competenza della Regione medesima»¹²; e tuttavia è proprio sul punto che la Corte costituzionale ritiene indimostrata la riduzione delle risorse fiscali causata dalla novella statale, nonché la loro interrelazione fra le misure di contenimento della spesa ed il grave pregiudizio allo svolgimento delle funzioni regionali.

In specie, secondo la Consulta, le osservazioni contenute nella pronuncia della Corte dei conti non sono conducenti rispetto all’elemento da provare in giudizio, poiché si riferiscono «ad un periodo ben antecedente (di tre anni) rispetto a quello di entrata in vigore delle disposizioni impugnate» ed hanno comunque ad oggetto «la gestione degli accantonamenti da parte dello Stato, ascrivibile piuttosto ad opinabili modalità esecutive che ad un effetto congiunto delle manovre finanziarie recenti»: ed invero – premesso che «le manovre statali sulla disciplina dei tributi il cui gettito sia di spettanza regionale possono incidere in modo costituzionalmente rilevante sugli equilibri del bilancio delle autonomie territoriali» – ove oggetto della contestazione sia una (asserita) corrispondenza diretta fra la riduzione del gettito di un singolo tributo, da un lato, e lo squilibrio complessivo del bilancio regionale, d’altro lato, è allora necessario che tale incidenza sia dimostrata «attraverso un raffronto complessivo, su base quantitativa e temporalmente adeguata, tra le risorse disponibili ed il fabbisogno di copertura delle passività, che vanno in scadenza nei pertinenti esercizi»¹³.

È sotto questo profilo, peraltro, che le lesioni dei principi di autonomia finanziaria e di leale collaborazione possono (eventualmente) intersecarsi: può infatti determinare una pronuncia di illegittimità costituzionale il diniego statale ad «un consapevole contraddittorio, finalizzato ad assicurare la cura di interessi generali quali l’equilibrio dei reciproci bilanci, la corretta definizione delle responsabilità politiche dei vari livelli di governo in relazione alle scelte e alle risorse effettivamente assegnate e la sostenibilità degli interventi pubblici in relazione alle possibili

¹⁰ [Corte cost., sent. n. 140/2017](#), punto 3 del *considerato in diritto*, in cui si richiamano – *ex multis* – [Corte cost., sentt. nn. 155/2006](#), [256/2007](#), [298/2009](#) e [97/2013](#). In via incidentale, la Consulta rileva invero le carenze ordinamentali in tema di federalismo fiscale ovverosia – in particolare – il ritardo del Legislatore (statale) nel disporre «un sistema di finanziamento [...] interamente e organicamente coordinato con il riparto delle funzioni, così da far corrispondere il più possibile, come sarebbe necessario, esercizio di funzioni e relativi oneri finanziari da un lato, disponibilità di risorse, in termini di potestà impositiva (correlata alla capacità fiscale della collettività regionale), o di devoluzione di gettito tributario, o di altri meccanismi di finanziamento, dall’altro» (in argomento cfr. anche [Corte cost., sentt. nn. 138/1999](#) e [241/2012](#)).

¹¹ Letteralmente [Corte cost., sent. n. 140/2017](#), punto 3 del *considerato in diritto*.

¹² *Ibidem*, punto 1.2 del *considerato in diritto*.

¹³ Virgolettati tutti tratti *ibidem*, punto 3 del *considerato in diritto*.

utilizzazioni alternative delle risorse contestate, nel tessuto organizzativo delle amministrazioni concretamente interessate al riparto del gettito fiscale»¹⁴.

Si può indi affermare – con espressione mutuata dal processo ordinario – che “non è stata fornita [o comunque, raggiunta] la prova” della illegittima compressione della autonomia finanziaria da parte della Regione ricorrente; ma ci si può anche chiedere – pur senza poter approfondire sul punto – cosa sarebbe stato possibile produrre, in giudizio, perché tale prova fosse effettivamente raggiunta.

Nella logica consequenzialità delle affermazioni della Corte – per cui è costituzionalmente legittimo l'intervento del Legislatore statale di modifica di tributi erariali, pur quando il loro gettito sia destinato alle Regioni; e che, a fronte del concreto esercizio di tale legittima prerogativa, le Regioni devono provare la impossibilità “derivata” di esercitare le proprie funzioni in condizioni di equilibrio di bilancio – sembrano infatti annidarsi, da un lato, il conclamato naufragio del progetto (istituzionale) di federalismo fiscale e, d'altro lato, la aleatorietà dell'onere della prova posto in capo alle Autonomie territoriali nella relativa materia.

Com'è noto, il presupposto (minimo) di un ordinamento contraddistinto da un (autentico) modello di autonomia finanziaria è la devoluzione – a livello territoriale – della capacità impositiva, precisamente intesa come esercizio della potestà legislativa in materia tributaria, indi finalizzata alla istituzione di tributi c.d. “propri” regionali nonché – conseguentemente – alla strutturazione di un sistema tributario “binario” (i.e. statale e regionale); riservando poi alle sole procedure di perequazione la determinazione dei flussi finanziari c.d. “derivati” – concordati a livello territoriale e governati a livello centrale – di natura ovviamente residuale rispetto a quelli “propri” o autonomi.

Sebbene dopo la l. cost. 3/2001 – giusto il combinato disposto dagli artt. 5, 23, 117, 118 e 119 Cost. – la piattaforma costituzionale sembrasse adeguata alla realizzazione del premesso obiettivo; e dopo la l. 42/2009 – congiuntamente alla adozione dei relativi decreti delegati – anche l'indirizzo politico paresse incline a dare corso al progetto di “federalizzazione” del sistema finanziario e fiscale italiano; ad oggi non è possibile affermare, tuttavia, che i rapporti economico-finanziari fra gli «Enti costitutivi della Repubblica» (art. 114 Cost.) siano effettivamente regolati alla stregua dei principi basilari del “federalismo fiscale”.

In tal senso ben si comprende, allora, l'esito del giudizio in esame: a fronte della natura (ancora) essenzialmente “derivata” della finanza pubblica italiana, risulta alquanto complesso per le Regioni individuare il corretto raccordo fra oggetto e parametro di costituzionalità alla luce del quale rivendicare la lesione (certa) della propria autonomia finanziaria; vieppiù la c.d. “costituzionalizzazione” del principio di equilibrio di bilancio – a seguito della approvazione della l. cost. 1/2012 – pare aver ulteriormente ampliato la discrezionalità del Giudice delle leggi nella concreta identificazione dei confini che circoscrivono l'ambito della autonomia finanziaria degli Enti territoriali, in quanto altresì subordinata ai vincoli (ampi) deducibili dal combinato disposto dagli artt. 81, 97 e 119 Cost.

¹⁴ Così in [Corte cost., sent. n. 188/2016](#). Tale precedente riguarda un contenzioso tributario tra lo Stato la regione Friuli-Venezia Giulia; in tal caso gli accertamenti compiuti dalla Corte dei conti, sezione di controllo, in sede di parifica del relativo rendiconto regionale, erano stati ritenuti una «idonea fonte probatoria» della lesione all'equilibrio del bilancio regionale. Ciò perché, a differenza del caso in esame, mediante tali accertamenti erano state rilevate «anomalie nei meccanismi di accreditamento delle entrate tributarie della Regione» nonché sottolineato «il perdurare (rispetto all'esercizio 2013 egualmente inciso) “di ‘variabili ingovernabili dalla Regione’ dipendenti dalle misure di finanza pubblica statale che, con contenuti finanziari talvolta non immediatamente quantificabili, producevano effetti diretti sull'ammontare delle compartecipazioni regionali, condizionando la programmazione [nonché l'esistenza di] ulteriori variabili ingovernabili, o quanto meno imprevedibili, connesse al sistema normativo di quantificazione e riscossione del gettito tributario spettante alla Regione [...]». Per tale motivo anche le vicende connesse al tempo e al luogo del mero versamento delle imposte (ad es. anticipi delle scadenze di pagamento, mobilità dei contribuenti versanti) influiscono direttamente sulla quantificazione del gettito annuale spettante alla Regione”»; in questo caso, dunque, dalla decisione di parifica è stato assunto che «l'accertamento delle entrate non opera in conformità alla nozione giuridica propria della contabilità finanziaria, bensì esprime le ‘somme finalizzate’ e cioè l'importo dell'effettivo accredito sul conto di tesoreria della Regione delle somme ripartite e cioè incassate» consentendo, così, di provare la lesione della autonomia finanziaria regionale e supportando, in motivazione, la pronuncia di illegittimità.

Anche in tal caso, però, permangono alcuni dubbi: che – in simili giudizi – la prova (inconfutabile) della lesione della autonomia finanziaria regionale non rischi di atteggiarsi, nella maggioranza dei casi, quale *probatio diabolica* poiché rimessa – salvo (sporadiche) ipotesi di evidenza “cartolare” di dati tecnicamente economico-giuridici – ad una (ampiamente) discrezionale valutazione della Corte; e che una diversa e più articolata formulazione della domanda – eventualmente sollecitando i poteri istruttori del Giudice, con specifico riferimento alla analisi degli effetti “depressivi” prodotti dalla riduzione del gettito fiscale¹⁵ – non avrebbe potuto indurre ad una decisione diversa.

4. Valutazioni “di sistema” e flessibilità delle norme processuali.

Come anticipato nel titolo e nel § 1 – lungi da qualsivoglia critica alle scelte tecnico-giuridiche della difesa processuale della Regione siciliana o, *a fortiori*, a quelle della Corte costituzionale all’esito dei relativi giudizi – con il presente contributo si vuole soltanto evidenziare la (crescente) complessità nella definizione del *thema decidendum* di una questione di legittimità costituzionale nonché la (conseguenziale) difficoltà di prevedere l’esito del procedimento, da parte dei soggetti che “ricorrono” o “resistono” in giudizio, con una evidente ricaduta negativa del principio di certezza del diritto quando declinato nel giudizio di legittimità costituzionale.

Sembra essere un dato acquisito, anche in dottrina, la “disponibilità” (pressoché) piena che la Corte ha del processo costituzionale: premessa la scarna disciplina di diritto positivo che lo regola (cfr. l. cost. 1/1948, l. 87/1953, N.I.) ed i rinvii “per analogia” a quello amministrativo, una parte molto consistente delle norme processuali è stata infatti il prodotto di una giurisprudenza “integrativa” con cui la stessa Corte ha, negli anni, sia colmato i “vuoti” della legislazione sia articolato (in concreto) i principi posti a presidio dei diversi sindacati di costituzionalità¹⁶; e sebbene tale “attivismo” del Giudice costituzionale non appaia affatto irrazionale, *condicio sine qua non* del medesimo dovrebbe però essere – si ritiene – la fermezza di una ermeneutica processuale (almeno tendenzialmente) coerente con il *quid proprium* del sistema di giustizia costituzionale italiano nonché, specificamente, con le diverse tipologie di sindacato¹⁷.

¹⁵ Tema recentemente oggetto del convegno annuale della Associazione “Gruppo di Pisa”, Milano, 9 e 10 giugno 2017, su “La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni”; ed, in particolare, della relazione di M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, la cui “versione provvisoria” è disponibile *online*, su www.gruppodipisa.it/eventi/convegni/70-9-10-giugno-2017-milano-la-corte-costituzionale-e-i-fatti-istruttoria-ed-effetti-delle-decisioni, cui indi si rinvia.

¹⁶ Non a caso, numerosi sono stati gli incontri di studio con cui si è inteso focalizzare la questione *de qua*, anche in relazione ai diversi profili dalla medesima implicati: nell’ambito del convegno menzionato nella nota precedente appaiono di particolare rilievo, sul punto, le relazioni di M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, di S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, e di E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale* (tutte disponibili nel link sopra indicato). A questi si aggiungano le relazioni presentate al convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” (Siena, 8 e 9 giugno 2007) su “I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale” nonché – più limitatamente – quelle presentate al seminario annuale della medesima Associazione (Roma, 12 novembre 2009) su “I modelli processuali nella giurisprudenza costituzionale” (tutte pubblicate negli omonimi atti di convegno). Per una interessante panoramica sulla c.d. “rilevanza politica” del sistema di giustizia costituzionale, si rinvia al numero monografico di *Percorsi costituzionali*, 04 maggio 2011, intitolato “[Sul mito della Corte costituzionale in politica](#)” (cfr. nonché al contributo di G. ROLLA e T. GROPPÌ, *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, in [Revista Mexicana de Derecho Constitucional](#)).

¹⁷ Semmai v’è da chiedersi, in proposito, quanto “scossa” sia stata la suddetta ermeneutica di fronte ad alcune, recenti, sentenze – obiettivamente determinate da situazioni di (quasi) “emergenza costituzionale” – nelle quali ancora più evidente è apparsa la menzionata “signoria” della Corte sugli elementi costitutivi del processo; sul punto si suggerisce la lettura, *ex multis*, di A. RAUTI, [La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2/2017, 216 e ss. (a questa medesima [Rivista](#) si rinvia, altresì, per una ampia rassegna della dottrina che ha commentato le ben note [sentt. nn. 1/2014](#) e [35/2017](#)). Volendo ragionare invece – in termini più generali – della opportunità che la Corte si doti di un (vero e proprio) “Codice di procedura”, si

Entrambe le fattispecie (sinteticamente) esaminate *supra*, §§ 2 e 3, sono state scrutinate nell'ambito del giudizio in via principale; è nell'atto introduttivo del medesimo, pertanto, che ciascuna parte ricorrente avrebbe dovuto delinearne i confini giuridici ovverosia, *de minimis*, oggetto e parametro¹⁸; ed è appunto in relazione a tale delimitazione “di parte” che, poi, la Corte costituzionale avrebbe dovuto circoscrivere la propria pronuncia¹⁹.

È tuttavia noto – e condiviso – l'asserto per cui l'oggetto del sindacato non sarebbe *stricto sensu* riconducibile alla nozione di “norma” o di “disposizione”; bensì – più esaustivamente – alla c.d. “situazione normativa” intesa quale «complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la “questione” ed a confluire nel giudizio di costituzionalità»²⁰; il che ha consentito al Giudice delle leggi – attraverso l'analisi degli elementi (ritenuti) univocamente determinanti in ordine alla regolamentazione, costituzionalmente adeguata, dello specifico settore ordinamentale – di pronunciarsi *direttamente* sulla singola fattispecie ma, *indirettamente*, anche sul generale assetto dell'ordinamento giuridico italiano.

Se la superiore impostazione sistematica del sindacato di legittimità appare allora coerente con gli effetti prodotti dalle sentenze della Corte (soprattutto) di accoglimento – vieppiù se di tipo “manipolativo” – e dunque funzionale al contributo, offerto dalla medesima, alla costante ridefinizione del diritto positivo (vigente) alcune domande possono sorgere, però, rispetto alle modalità con cui la predetta valutazione “di sistema” sia stata concretamente condotta nei casi in esame; ovverosia in merito alla (apparentemente) mancante, o carente, analisi della c.d. “interconnessione sistemica” fra gli enunciati normativi rilevanti in ciascuna fattispecie²¹.

4.1. (segue) nella [sentenza n. 133/2017](#).

4.1. Con riferimento al giudizio definito con la [sentenza n. 133](#) (cfr. *supra*, § 2) le perplessità espresse in ordine alla prospettiva analitica c.d. “sistematica” riguardano, in particolare, il mancato riferimento alla omogeneità fra la censurata disposizione di legge regionale (ovverosia l'oggetto del giudizio; cfr. *supra*, § 2: «i Comuni che hanno istituito o che istituiscono zone a traffico limitato (ZTL) approvano, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, un regolamento che preveda: a) le tariffe per ottenere il permesso di accesso alle ZTL; b) le riduzioni per i veicoli meno inquinanti; c) l'accesso gratuito alle ZTL per le persone disabili, le cui autovetture siano dotate di contrassegno speciale, e per le vetture a trazione elettrica; d) le agevolazioni per i residenti all'interno del perimetro ZTL e l'applicazione agli stessi di tariffe differenziate rispetto a quelle applicate ai non residenti; e) le misure necessarie volte ad incentivare il trasporto pubblico e la lotta all'inquinamento; f) il regime delle sanzioni da applicare in base al Codice della strada, nonché appositi strumenti di monitoraggio sull'inquinamento») e quella statale (cfr. «i Comuni, con deliberazione della Giunta, provvedono a delimitare le aree pedonali e le zone a traffico limitato tenendo conto degli effetti del traffico sulla sicurezza della circolazione, sulla salute, sull'ordine pubblico, sul patrimonio ambientale e culturale e sul territorio [...] Analogamente i Comuni provvedono a delimitare altre zone di rilevanza urbanistica nelle quali sussistono esigenze

suggerisce intanto la lettura di T. E. FROSINI, [Il codice di procedura di una Corte moderna](#), in questa [Rivista](#), [Studi](#), [2008](#) (11-07-2008)

¹⁸ Cfr. art. 19, comma 1, N.I. ai sensi del quale «nei casi previsti negli articoli 31, 32 e 33 della legge 11 marzo 1953, n. 87, i ricorsi che promuovono questioni di legittimità costituzionale devono contenere l'indicazione delle norme costituzionali che si assumono violate e l'illustrazione delle relative censure».

¹⁹ Cfr. art. 27, l. 87/1953, ai sensi del quale «la Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, *nei limiti dell'impugnazione*, quali sono le disposizioni legislative illegittime [corsivo aggiunto, ndr.]. sul punto sia consentito rinviare a R. DI MARIA, *Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio di legittimità costituzionale: ovvero dell'insopprimibile iato fra giudizio principale e giudizio incidentale*, in E. BINDI, M. PERINI e A. PISANESCHI (curr.), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 53 e ss. (cfr. nota 16).

²⁰ Così in A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 88.

²¹ Parafrasando sempre *ibidem*, 87.

particolari di traffico [...] I Comuni possono subordinare l'ingresso o la circolazione dei veicoli a motore, all'interno delle zone a traffico limitato, anche al pagamento di una somma») che non soltanto è contenuta in una fonte avente portata generale (i.e. il Codice della strada) ma che altresì rimette ad una successiva disposizione, di natura ugualmente statale (i.e. una direttiva emanata dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale), la individuazione delle «tipologie dei Comuni che possono avvalersi di tale facoltà nonché le modalità di riscossione del pagamento e le categorie dei veicoli esentati».

In una prospettiva, invero, sistematica deve supporre che la violazione del riparto di potestà legislativa – lamentata dal ricorrente e rigettata dalla Corte costituzionale, a beneficio della Regione siciliana – debba essere certamente scrutinata ma considerata, eventualmente, recessiva rispetto alla valutazione della incidenza della disposizione censurata sul contesto normativo di riferimento. Sotto questo profilo, allora, la motivazione della non fondatezza basata (esclusivamente) sul raffronto fra l'art. 117, comma 2, Cost. e l'art. 14 St. appare decisamente limitata, rispetto alla più ampia considerazione di una ipotetica incoerenza – appunto “sistematica” – della disposizione di legge regionale a fronte di quella statale: ed infatti i Comuni siciliani avrebbero potuto istituire Z.T.L. – si ritiene – sulla base di quanto già stabilito dal Codice della strada; ed in tal senso, anche l'asserzione posta a fondamento della motivazione (i.e. «l'individuazione regionale di ambiti di esercizio della potestà regolamentare comunale [...] è volta a dettare una disciplina uniforme delle fonti normative nella materia») sembra ugualmente – ovvero meglio – riconducibile alla analoga disposizione codicistica, che non a quella regionale, rendendo così ridondante e pleonastica la ulteriore puntualizzazione della Corte sulla “allocazione materiale” della relativa disciplina «che, incidendo sul riparto delle attribuzioni fra gli organi comunali, rientra nella competenza esclusiva regionale in questa materia, in vista di un assetto ordinamentale unitario, a livello regionale» essendo, tale unità ordinamentale, in effetti già assicurata dal Codice della strada²².

C'è da chiedersi semmai – ma è una domanda destinata a restare in sospenso – se a tale conclusione la Corte sarebbe potuta giungere a fronte di una diversa formulazione della questione, ovvero di una diversa qualificazione del *thema decidendum*: in specie se, mediante l'esplicito richiamo al Codice della strada ed al rapporto fra la disposizione di legge regionale (i.e. l'oggetto) e quella statale (i.e. il parametro c.d. “interposto”), il ricorrente non avrebbe potuto sollecitare una valutazione che tenesse in considerazione la relativa “interconnessione sistematica”; ed indurre a provocare una pronuncia basata, sostanzialmente, sul contesto normativo di riferimento e non invece, formalmente, sul solo criterio della competenza.

4.2. (segue) e nella [sentenza n. 140/2017](#).

Con riferimento al giudizio definito, invece, con la [sentenza n. 140](#) (cfr. *supra*, §3) l'analisi sistematica avrebbe dovuto riguardare – si ritiene – l'intero modello di autonomia finanziaria, descritto non soltanto dalle disposizioni costituzionali invocate (i.e. direttamente, gli artt. 36 e 37 St.; indirettamente, l'art. 119 Cost.) ma dal complesso normativo, anche di principio, su cui si regge il modello di c.d. “federalismo fiscale”: gli artt. 23 e 117, comma 2, lett. e), e comma 3, Cost., nonché la l. 42/2009 ed i correlativi decreti di attuazione.

L'effettività della autonomia finanziaria regionale dipende, invero, della concorrenza e reciproca integrazione di una pluralità di disposizioni – di rango sia costituzionale, sia primario, sia secondario – che ne disciplinano tanto il profilo finanziario e fiscale, quanto quello amministrativo e funzionale; ed è infatti in tal senso che, ai fini della dimostrazione della violazione dell'autonomia finanziaria regionale, lo stesso Giudice costituzionale richiede la prova sulla concreta impossibilità

²² A riprova di quanto asserito, peraltro, i provvedimenti con cui il Comune di Palermo ha istituito la Z.T.L., che sono antecedenti alla legge regionale (cfr. deliberazioni di Giunta n. 28 del 16/02/2016 e n. 32 del 27/02/2016, poi revocate dalla n. 176 del 08/09/2016, rispetto alla legge regionale n. 3 del 17 marzo 2016) e che – stando al rigore della logica della sentenza – sarebbero state allora illegittime, poiché adottate in mancanza della relativa legge; profilo – tuttavia – assolutamente ignorato dal T.A.R. Sicilia, sez. Palermo, allorquando investito della questione.

di continuare a svolgere le funzioni regionali o – comunque – quella di uno squilibrio finanziario incompatibile con le relative esigenze della spesa regionale.

Tanto premesso, la risoluzione della questione in esame – esclusivamente basata sulla richiamata competenza (esclusiva) del Legislatore statale in materia di tributi propri (statali) e sulla, conseguentemente legittima, modifica unilaterale dei medesimi – adottata in ragione di una valutazione di tipo meramente “competenziale” appare, invero, riduttiva rispetto alla portata – appunto – “sistematica” della materia oggetto del giudizio; e – non casualmente – in linea con un indirizzo giurisprudenziale consolidato ma, per tal motivo, spesso criticato in dottrina²³.

A ciò si aggiunga che – proprio nella prospettiva assunta dalla Corte – qualsivoglia riduzione del gettito fiscale, a causa della natura (ancora) essenzialmente “derivata” della finanza regionale, determina *ex se* una contrazione della disponibilità di bilancio e – quindi – una corrispondente riduzione della capacità di spesa e di finanziamento delle funzioni proprie dell’Ente territoriale; sotto questo profilo, dunque, appare difficile comprendere con quale tipo di “prova” si possa dimostrare – effettivamente e sempre – la lesione alla autonomia finanziaria, al di fuori del rigido schema della redistribuzione territoriale di risorse drenate a livello centrale, vieppiù considerato il limitato spazio riservato alla legislazione tributaria (autenticamente) regionale.

Vero è che la stessa Consulta ha riconosciuto espressamente la responsabilità del Legislatore statale nel non aver disciplinato un modello di finanza pubblica in cui all’esercizio delle funzioni corrispondesse la relativa disponibilità di risorse (i.e. la potestà impositiva, correlata alla capacità regionale, o la devoluzione del necessario gettito tributario; cfr. *ivi*, nota 10) ma è implicita nella superiore ammissione – si ritiene – l’esigenza di effettuare lo scrutinio di legittimità costituzionale delle disposizioni di legge in materia alla luce non soltanto del relativo riparto di potestà legislativa bensì, soprattutto, delle conseguenze “sistematiche” prodotte dagli effetti delle medesime.

Anche in relazione alla fattispecie di cui al giudizio definito con la sentenza 140 permane dunque un dubbio, destinato a restare ugualmente irrisolto: a fronte della asserzione del Giudice costituzionale, per cui manca «qualsiasi riscontro probatorio circa l’impatto della [...] riduzione [del tributo statale] sull’equilibrio complessivo del bilancio regionale» e che tale dimostrazione deve passare «attraverso un raffronto complessivo, su base quantitativa e temporalmente adeguata, tra le risorse disponibili ed il fabbisogno di copertura delle passività»²⁴, v’è da chiedersi se una diversa formulazione dei *thema decidendum* – non incentrato sul profilo “competenziale” ma su quello, appunto, “sistematico” – avrebbe potuto condurre ad una soluzione diversa.

Ciò si inferisce in ragione, soprattutto, di una (apparentemente) imprescindibile alternativa: o la Corte chiarisce in modo preciso ed inequivocabile le caratteristiche che – in simili giudizi – la prova della lesione della autonomia finanziaria deve avere, eventualmente però attivandosi Essa stessa per la sua ricerca – mediante l’esercizio dei suoi poteri istruttori – al fine di effettuare una valutazione “sistematica” del raccordo finanziario fra Stato ed Enti territoriali, coerente con i principi espressi dalla Costituzione in materia; o – restando fermi i termini con cui la Corte si è espressa nella

²³ Fra i primi commenti sul punto si rammenta – per il suo valore “profetico” – A. BRANCASI, *Per “congelare” la potestà impositiva delle Regioni la Corte costituzionale mette in pericolo la loro autonomia finanziaria*, in *Giur. cost.*, 2003, 2555 e ss. Numerosissimi sono stati i contributi sull’argomento *de quo* ed è dunque impossibile richiamarli tutti; in una prospettiva critica ci si limita pertanto a menzionare, *ex multis*, G. BIZIOLI, *I principi statali di coordinamento condizionano l’efficacia della potestà tributaria regionale. La Corte costituzionale aggiunge un altro elemento alla definizione del nuovo “federalismo fiscale”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 517 e ss.; M. BARBERO, *Tipizzazione delle entrate di Regioni ed Enti locali e modalità di finanziamento delle funzioni amministrative: la posizione della Corte costituzionale (nota alle sentenze n. 16 e 49 del 2004)*, in [Federalismi.it](#), 2004, nonché L. ANTONINI, *Dal federalismo legislativo al federalismo fiscale*, ed ID., *La prima giurisprudenza costituzionale sul federalismo fiscale: il caso dell’IRAP*, entrambi in *Riv. dir. fin.*, LXIII, 4/2003.

²⁴ Così in [Corte cost., sent. 140](#), punto 3 del *considerato in diritto*. Si noti peraltro che, in relazione alla formulazione ed approvazione della disposizione di legge statale censurata, la Regione siciliana aveva comunque lamentato la corrispondente violazione del principio di leale collaborazione; profilo che non si rintraccia, però, nelle motivazioni della sentenza in esame: non v’è infatti alcun riferimento alla (salvaguardata) integrità di tale principio nonché, quindi, alla legittimità (anche) “procedimentale” dell’*iter* di approvazione della suddetta disposizione.

[sentenza 140 del 2017](#) – pare di potersi affermare, da un lato, la natura “diabolica” della suddetta prova nonché, conseguentemente, recitare il “de profundis” del federalismo fiscale²⁵.

5. *Brevi considerazioni conclusive.*

5. In entrambi i giudizi sommariamente indagati *supra*, si è voluto cogliere un elemento “dissonante” rispetto alla (consueta) armonia del sindacato di legittimità costituzionale: una motivazione non completamente soddisfacente – a sostegno della decisione – rispetto alla articolazione del *thema decidendum*.

Premessa la consapevolezza – pur qui soltanto accennata – della “flessibilità” di alcune norme di rito, l’impressione che si ricava è di due decisioni contraddistinte da un orizzonte analitico alquanto limitato; ciò forse in ragione o delle scelte processuali fatte dalle parti – nel merito delle quali non si vuole, né deve, entrare – o di una delimitazione delle questioni tale da non indurre la Corte ad una valutazione ampia ed, appunto, “di sistema” dei temi sottesi alle medesime.

Ed è proprio sotto questo profilo che la capacità di muoversi fra le maglie del processo costituzionale, indifferentemente nel ruolo di ricorrente o resistente, appare sempre più una “arte”: la abilità non soltanto di fare la domanda giusta ma, soprattutto, di porgerla in termini corretti; ovvero sia in modo tale da consentire – ad un Giudice naturalmente capace di pronunce di ampio respiro – di sussumere, dalla singola fattispecie, una regola di portata generale e di natura “ordinamentale”. Nel pieno rispetto, indi, della funzione di garanzia istituzionale del sistema di giustizia costituzionale.

²⁵ Parafrasando L. ANTONINI, *Un requiem per il federalismo fiscale*, in [Federalismi.it](#), n. 16/2016.

Antonio Ruggeri

I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*

SOMMARIO: 1. Cosa sono i diritti fondamentali, il loro riconoscimento per il tramite di *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale, in linea con una solida indicazione teorica data agli albori della fondazione della scienza giuspubblicistica. – 2. Le implicazioni discendenti dalla impostazione qui adottata: a) la struttura apertura della Costituzione all'esperienza e la idoneità di questa a portare alla incessante riconformazione semantica di quella; b) il rapporto di complementarietà necessaria che si intrattiene tra la scienza giuridica e le altre scienze umano-sociali; c) il cruciale rilievo della comparazione al fine della opportuna messa a punto degli istituti costituzionali. – 3. Gli immigrati, il peculiare e stretto rapporto che essi hanno col territorio dello Stato, la sollecitazione che ne viene alla revisione dell'idea tradizionale di cittadinanza, con i conseguenti riflessi per ciò che, in particolare, attiene al godimento dei diritti politici. – 4. Verso una profonda riconsiderazione critica di schemi inveterati riguardanti la rappresentanza politica, le dinamiche della forma di governo, le stesse complessive movenze della forma di Stato. – 5. Gli scostamenti dell'esperienza dal modello e il bisogno di far luogo ad un complessivo ripensamento del complesso rapporto intercorrente tra i diritti fondamentali da un canto, i principi di eguaglianza, solidarietà e, in ultima istanza, fedeltà alla Repubblica dall'altro.

1. *Cosa sono i diritti fondamentali, il loro riconoscimento per il tramite di consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale, in linea con una solida indicazione teorica data agli albori della fondazione della scienza giuspubblicistica*

Il titolo di questa succinta riflessione rimanda a termini bisognosi di essere spiegati, correndosi altrimenti il rischio di aggravare la oscurità e confusione attorno ad essi ancora oggi esistenti.

Le maggiori e più gravi questioni si pongono, *ab antiquo*, attorno alla nozione di diritto fondamentale: un autentico, irrisolto *punctum crucis* della teoria generale, della filosofia del diritto, delle discipline giuspositivistiche (tra le quali, appunto, quella a me più familiare); ed è di tutta evidenza che, fintantoché non si fa su di esso chiarezza, a soffrirne è la stessa idea di Costituzione, perlomeno nella sua accezione di liberale memoria, che ha nel riconoscimento e nella tutela dei diritti in parola il suo cuore pulsante, il tratto più immediatamente e genuinamente espressivo e qualificante¹.

Non ho, ovviamente, qui la pretesa di riprendere *ab ovo* la vessata questione, che da sola richiederebbe uno spazio di cui ora non dispongo né ho la presunzione di poter chiudere una volta per tutte una discussione che resta (e, a mia opinione, resterà) sempre aperta, non foss'altro che a motivo del fatto che i diritti fondamentali si trasformano nella loro stessa struttura col tempo², così come anche in ordinamenti appartenenti alla medesima “famiglia”, quali sono appunto quelli di tradizione liberale, si contestualizzano assumendo forme e connotati complessivi varî da luogo a luogo, al punto di potersene (e doversene) dare definizioni e descrizioni non comuni. Non escludo, ovviamente, che il sintagma “diritto fondamentale” si presti a studi con profitto condotti dalla prospettiva giusfilosofica o teorico-generale o da altri angoli visuali ancora e per le esigenze ricostruttive a ciascuno di essi

* Testo rielaborato della relazione conclusiva al Convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, Siracusa 4 maggio 2017. Avverto che i titoli degli interventi al Convegno da me richiamati sono quelli indicati dagli autori alla data di svolgimento di quest'ultimo e che il mio scritto è aggiornato alla data del 10 luglio 2017.

¹ Avverto che non intendo qui rimettere in discussione l'idea di Costituzione e verificare se (e fino a che punto) possa appropriatamente farsi utilizzo del termine al di fuori del campo in cui sono maturate le complessive vicende degli ordinamenti liberali. Rimango dunque fermo alla nozione affermatasi presso tali ordinamenti, mirabilmente espressa nella nota formula dell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789, e ragiono su alcuni dei suoi possibili sviluppi, interrogandomi in particolare in merito all'incidenza esercitata dall'imponente fenomeno migratorio in corso sui più salienti sviluppi degli ordinamenti stessi.

² Cambia, cioè, il modo di essere della “fondamentalità” dei diritti, così come cambia il modo di essere della loro “inviolabilità”, di cui è parola nell'art. 2 della Carta, che va caricandosi col tempo di inusuali accezioni e valenze.

congeniali³. Come studioso di diritto positivo, però, non posso non pormi la domanda circa ciò che i diritti in parola sono per il nostro ordinamento, quali i cambiamenti (perlomeno, quelli maggiormente vistosi) che essi hanno avuto e, soprattutto, quali potrebbero avere, specie nel presente contesto segnato da fenomeni assolutamente sconosciuti ancora in un recente passato.

Dico subito che proprio quest'ultimo è il punto su cui desidero specificamente soffermarmi, ponendo in rapporto l'idea di diritto fondamentale col fenomeno in continua e, a quanto pare, inarrestabile crescita delle migrazioni di massa: un fenomeno che, a mia opinione, in realtà obbliga ad un complessivo ripensamento di tutte le categorie giuridiche di base (per ciò che più da presso mi tocca, di quelle costituzionalistiche), a partire da quella di diritto soggettivo (e, per converso, di dovere giuridico), di sovranità, eguaglianza⁴, solidarietà⁵.

Ambientato lo studio in prospettiva di stretto diritto positivo e andando perciò alla ricerca di ciò che è o che fa un diritto fondamentale per la Costituzione italiana, a me pare⁶ che si disponga di una nutrita serie di indicazioni allo scopo sfruttabili, a partire da quelle offerte dagli artt. 2 e 3 della Carta, componenti quella che si è altrove chiamata la *coppia assiologica fondamentale*, dal momento che, senza nulla togliere alla potenza espressiva e qualificatoria dei principi fondamentali diversi da quelli enunciati negli artt. ora richiamati, pochi dubbi mi pare che possano residuare a riguardo del fatto che i principi stessi sono stati pensati e riconosciuti giusto al fine di dar modo alla coppia in discorso di potersi affermare al meglio di sé, alle condizioni oggettive complessive di contesto.

Tutti i principi fondamentali – è ormai provato – si fanno mutuo rimando e si sorreggono l'un l'altro, al punto che nessuno di essi ha alcun senso, teorico e pratico, al di fuori della correlazione necessaria in cui versa con gli altri, tutti assieme facendo appunto “sistema”: un sistema dai tratti peculiari ed irripetibili, secondo quanto è proprio delle vicende di ciascun ordinamento rispetto a quelle di ogni altro, anche il più contiguo per caratterizzazione culturale, origini, svolgimenti.

Ciò posto, tuttavia, è fuori discussione che il nostro ordinamento, al pari degli altri rifondati dalle Carte costituzionali venute alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra, ha nella centralità della persona umana il perno attorno al quale incessantemente ruota e si rinnova, restando nondimeno fedele alla ispirazione di fondo che ne ha dato (e dà) la giustificazione e l'identità. Un ordinamento che, dunque, nella coppia suddetta ha il suo costante ed obbligato punto di riferimento, il punto fermo dal quale si tiene e grazie al quale può trasmettersi integro nel tempo, a beneficio anche delle generazioni che verranno.

Libertà ed eguaglianza, però, come si sa, sarebbero vuoti termini senza la garanzia del lavoro, non a caso insistentemente richiamato da una delle voci più nobili e genuine al servizio dell'intera umanità, Papa Francesco, e indicato quale sostegno della dignità, che priva di quello si smarrisce, soffrendo un *vulnus* non riparabile⁷. Non è a caso, d'altronde, che sul lavoro convergano – ed è un *unicum* – ben due principi fondamentali, il primo dei quali (anche questo non per mero accidente) è posto a contenuto dell'articolo di esordio della Carta.

³ V., di recente, il confronto che è in *Dir. um. dir. int.*, 3/2016, e ivi la introduzione di A. PISANÒ, *Cosa (non) sono i diritti umani. Un dibattito tra diritto, filosofia e politica*, 645 ss.

⁴ Tra gli altri e di recente, M. LOSANA, “*Stranieri*” e principio costituzionale di eguaglianza, in *Rivista AIC*, 1/2016, 29 febbraio 2016.

⁵ Alla solidarietà, in stretta correlazione alla dignità, hanno fatto insistiti ed opportuni riferimenti molti contributi al nostro incontro, tra cui quello di V. BERLINGÒ, *Il trattenimento degli immigrati irregolari e l'humanitas nella 'fondamentalità' nei 'diritti'*.

⁶ Riprendo ora gli esiti raggiunti in precedenti studi (e, part., in *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in questa *Rivista, Studi*, 2016/II, 30 giugno 2016, 263 ss.).

⁷ Ad es., all'udienza generale del 15 marzo 2017, FRANCESCO – come riferisce *L'Avvenire* dello stesso giorno – ha dichiarato: “Il lavoro ci dà dignità. Chi per manovre economiche, per fare negoziati non del tutto chiari chiude fabbriche, chiude imprese e toglie il lavoro agli uomini fa un peccato gravissimo”. Nell'udienza generale del 14 ottobre 2015, il Papa ha efficacemente affermato che il lavoro “fa parte del piano di amore di Dio” ed “è un elemento fondamentale per la dignità di una persona. *Il lavoro, per usare un'immagine, ci 'unge' di dignità, ci riempie di dignità; ci rende simili a Dio, che ha lavorato e lavora, agisce sempre; dà la capacità di mantenere se stessi, la propria famiglia, di contribuire alla crescita della propria Nazione*” (mia la sottolineatura). E così via in innumerevoli altre occasioni.

La cosa ha uno speciale significato nella ricerca qui nuovamente condotta di ciò che è, *in nuce*, un diritto fondamentale. Il disposto, infatti, che più direttamente dà specificazione-attuazione al principio del riconoscimento e della salvaguardia del lavoro, allo stesso tempo prestandosi alla definizione dei diritti di cui qui si discorre, è quello dell'art. 36, I c., col riferimento in esso fatto al carattere libero e dignitoso della esistenza del lavoratore e della sua famiglia.

Come si è tentato di mostrare altrove⁸, diritto fondamentale è, dunque, ogni bisogno elementare dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza siffatta⁹.

È chiaro che, così stando le cose, il problema non può dirsi di certo risolto ma solo spostato in avanti, per un verso dovendosi fare chiarezza circa il significato del riferimento alla libertà ed alla dignità contenuto nel disposto in parola e, per un altro, trattandosi di stabilire in cosa propriamente consista (e si risolva) il rapporto di strumentalità necessaria che s'intrattiene tra i bisogni che reclamano riconoscimento e tutela e il modo di essere dell'esistenza umana, il suo rispondere ai parametri suddetti.

Le notazioni ora succintamente svolte non hanno, ovviamente, la pretesa di abbozzare neppure un inizio di risposta a quesiti di così rilevante portata e impegno teorico, rimandando a complesse verifiche ed analisi i cui luoghi elettivi non possono che essere, di tutta evidenza, diversi da questo.

Desidero, nondimeno, qui richiamare un ulteriore passaggio argomentativo ripreso da mie precedenti riflessioni a riguardo del modo con cui possono riconoscersi i bisogni elementari della persona umana idonei a convertirsi in autentici diritti fondamentali.

Il problema è di centrale rilievo con riferimento ai c.d. nuovi diritti. I vecchi, infatti, dispongono di già di esplicite indicazioni nella Carta, hanno peraltro radici assai risalenti nel tempo, sono riconosciuti (sia pure in termini non coincidenti) da molte altre Carte di tradizioni liberali e – ciò che più importa – dispongono di numerosi e corposi materiali normativi e giurisprudenziali ai quali è possibile fare capo al fine della loro complessiva caratterizzazione.

La questione, invece, si pone principalmente per i diritti nuovi (o, addirittura, nuovissimi), di ultima generazione, il cui riconoscimento richiede, a mio modo di vedere, di poggiare su delle vere e proprie *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel tessuto sociale.

L'opera qualificatoria del diritto viene sempre *dopo*, quanto meno con riguardo ad istituti o a beni della vita di rilevanza costituzionale. È un insegnamento, questo, che, con specifico riguardo alle esperienze costituzionalmente rilevanti, affonda le sue radici nel terreno in cui è sorta la scienza del diritto pubblico in genere e che ha da noi avuto la sua più limpida espressione negli studi pionieristici di V.E. Orlando e S. Romano. Mi sembra degna della massima considerazione la circostanza per cui, ad avviso di entrambi, le Carte costituzionali valgono se (e in quanto) danno espressione e forma ai *mores* invalsi nel corpo sociale, ed anzi – come ebbe a precisare il primo nella sua famosa prolusione dell'89 (e in altri scritti) – le leggi in genere hanno vigore unicamente in quanto si dimostrino idonee a dare svolgimento a principi desunti dal corpo sociale, specie per il tramite della scienza giuridica, la quale così – ed è una conclusione della massima importanza – precede, non segue, la posizione del diritto scritto in genere e legislativo in ispecie¹⁰.

⁸ Ancora nel [mio scritto](#) sopra cit.

⁹ Sul diritto a un'esistenza dignitosa come "diritto (pregiudiziale) a poter usufruire dei diritti", v. i pertinenti rilievi di M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 200 ss. Su *Il diritto di avere diritti*, v., con questo titolo, la densa riflessione di S. RODOTÀ (Laterza, Roma-Bari 2013).

¹⁰ V., part., V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940, spec. 18; a questo suo pensiero, espressivo di un autentico e radicato indirizzo metodico, il Maestro palermitano è rimasto fedele fino alla fine della sua lunga ed operosa esistenza [lo ribadisce, ad es., in *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1951, ora in *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Giuffrè, Milano 1955, 19]. Di S. ROMANO, v., poi, tra gli altri suoi scritti, *Le prime carte costituzionali*, in *Annuario dell'Università di Modena*, 1907, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969, 163, e *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, ora in ID., *Prolusioni e discorsi accademici*, Società Tipografica Modenese, Modena 1931, 21 ss. e, pure *ivi*, *Diritto e correttezza costituzionale*, 51 ss.

Orlando in tal modo pagava il suo debito nei riguardi della scienza privatistica, diretta discendente e custode del patrimonio romanistico frutto della incessante, infaticabile elaborazione dei giureconsulti. Era però questo – come Egli stesso ebbe a riconoscere – un passaggio obbligato, senza il quale una scienza del diritto pubblico non avrebbe potuto essere costruita.

Il discorso fatto da Orlando e dai suoi epigoni era dotato di formidabile capacità espansiva, sì da potersi distendere per l'intero campo costituzionale, pur valendo specificamente per l'organizzazione e, ulteriormente specificando, per la forma di governo. Non è, d'altronde, casuale che il Maestro si esprimesse in termini sprezzanti verso la c.d. "razionalizzazione" del regime parlamentare, la cui affermazione e il complessivo assetto dovessero piuttosto essere rimessi all'esperienza. Il discorso stesso, però, possiede generale valenza; e vale perciò anche per la parte sostantiva della Carta.

Non posso qui tacere di riconoscermi solo in parte nella impostazione orlandiana e della sua Scuola. Per ragioni che non possono trovare qui la loro compiuta illustrazione, il rapporto tra norme e fatti (e, segnatamente, tra norme costituzionali e fatti ricadenti nella "materia" costituzionale) non ha mai uno sviluppo monodirezionale. La Costituzione – per ciò che qui specificamente importa – non si alimenta mai parassitariamente dall'esperienza ma, nel momento in cui ad essa attinge e la fa propria, avvia processi inusuali volti alla trasformazione dell'esperienza stessa, *secondo valore*. I disposti che emblematicamente in sé racchiudono ed esprimono questo rapporto di *dare-avere* sono quelli di cui all'art. 3, I e II c., che a un tempo sollecitano la conformazione delle norme al fatto e la trasformazione di quest'ultimo.

Per ciò che specificamente riguarda i diritti fondamentali, se, dunque, da un canto, non può farsi a meno del riferimento a consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale al fine di aversene il riconoscimento e la messa a fuoco, da un altro canto non resta esclusa l'evenienza che proprio grazie alla loro positivizzazione¹¹ possano attivarsi processi inusuali all'esito dei quali si assista alla formazione di nuove consuetudini: con un processo – come si vede – di mutua implicazione ed alimentazione tra norma e fatto, *mores* e *ius*, esteso all'intero campo costituzionale e, perciò, coinvolgente a un tempo organizzazione e diritti, dinamiche della forma di governo (e, più ancora, della forma di Stato) e vicende della parte sostantiva della Carta, a conferma peraltro della sostanziale unitarietà del sistema¹².

Non potrebbe, d'altronde, essere diversamente, sol che si ripensi alla formula che, nel modo più sintetico ed efficace, definisce l'essenza della Costituzione e dello Stato costituzionale, di cui al già richiamato art. 16 della *Dichiarazione* del 1789. Una formula che idealmente rimanda alle due parti in cui si articola il dettato costituzionale, allo stesso tempo in modo inequivoco precisando che l'organizzazione, disciplinata all'insegna del principio della separazione dei poteri, si pone in rapporto servente nei riguardi della parte sostantiva, e segnatamente degli enunciati che danno il riconosci-

¹¹ Questo passaggio argomentativo, che non posso qui svolgere come pure sarebbe opportuno, porta naturalmente a dire che il riconoscimento di certi diritti, oggi a gran voce da alcuni reclamati (ad es., il matrimonio tra persone dello stesso sesso), può aversi – a mia opinione, nel modo più lineare a mezzo di una nuova disciplina di rango costituzionale – unicamente alla condizione che si consideri essere sorretto da una delle consuetudini culturali suddette, ponendosi altrimenti l'atto che dovesse farvi luogo quale espressione di pura autorità non dotata del necessario consenso in seno al corpo sociale. Discorso diverso, che esso pure deve però restare estraneo a questa riflessione, è quello riguardante il modo con cui il riconoscimento in parola può aver luogo: se, come si diceva, a mezzo di legge costituzionale ovvero di legge comune, mentre prendo qui nuovamente le distanze dall'idea, pure diffusamente circolante, che possa a ciò provvedere *omisso medio* la giurisprudenza. Il carattere plurale ed oscillante, casistico, di quest'ultima ripugna, a mio modo di vedere, a che possano darsi diritti fondamentali solo in talune circostanze e solo ad alcuni riconosciuti, e non pure in altre e ad altri. Che poi, perdurando il colpevole ritardo del legislatore nel dar voce a consuetudini ormai radicatesi nel corpo sociale, i giudici si trovino obbligati ad un'opera faticosa e sofferta di "supplenza" – come suole essere chiamata – è una evenienza che, ovviamente, non può essere scartata. Di tutto ciò, dei vantaggi come pure degli inconvenienti, rilevanti gli uni e non poco gravi gli altri, ad ogni buon conto, in altri luoghi.

¹² Il carattere largamente approssimativo della separazione (e della stessa distinzione) tra parte e parte della Costituzione è ampiamente e da tempo rilevato dalla più sensibile dottrina (per tutti, M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss.).

mento dei diritti fondamentali. Separazione dei poteri e libertà sono le due gambe con le quali cammina e si porta avanti un ordinamento autenticamente costituzionale; ciascuna di esse ha, perciò, bisogno dell'altra. È però chiaro che la prima è stata pensata essenzialmente in funzione della seconda: per dare, appunto, senso all'idea di persona umana, della sua dignità.

La positivizzazione dei diritti, poi, prende oggi corpo soprattutto a mezzo delle Carte internazionali dei diritti, che si affiancano alla Costituzione e, nel vivo dell'esperienza, fanno tutt'uno con essa, oltre che ovviamente a mezzo di leggi.

Come ha chiarito la Consulta in una sua risalente ma non perciò inattuale decisione, la n. 388 del 1999, la Costituzione e le altre Carte dei diritti "si integrano reciprocamente nella interpretazione".

La pluralità delle Carte, poi, se per un verso rafforza il riconoscimento in parola, specificamente laddove tra le stesse si diano ampie e marcate convergenze, per un altro verso complica non poco le cose con riguardo ai casi in cui le previsioni delle Carte stesse divergano tra di loro o addirittura entrino in aperto conflitto (o, meglio, tali si rivelino nel loro farsi "diritto vivente", a mezzo degli orientamenti delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti).

Di tutto ciò non è tuttavia possibile ora dire, neppure con la rapidità imposta a questa riflessione.

2. Le implicazioni discendenti dalla impostazione qui adottata: a) la struttura apertura della Costituzione all'esperienza e la idoneità di questa a portare alla incessante riconformazione semantica di quella; b) il rapporto di complementarità necessaria che si intrattiene tra la scienza giuridica e le altre scienze umano-sociali; c) il cruciale rilievo della comparazione al fine della opportuna messa a punto degli istituti costituzionali

Mi limito, dunque, a tirare le somme dalle considerazioni sopra svolte, per ciò che è di diretto interesse per lo studio che vado ora facendo.

Dagli esiti ricostruttivi appena raggiunti possono infatti trarsi rilevanti implicazioni: una volta che gli stessi siano portati (ovviamente, in luoghi diversi da questo) ai loro opportuni svolgimenti, possono infatti esprimere plurime e significative valenze.

In primo luogo, il riferimento al centrale rilievo posseduto dalle consuetudini culturali invalse nel corpo sociale rende testimonianza del modo di essere della Costituzione, strutturalmente aperta all'esperienza nelle sue più radicate e rilevanti espressioni, offrendo allo stesso tempo indicazioni preziose a riguardo del rapporto tra norma e fatto, proprio in alcune delle sue più emblematiche manifestazioni.

In secondo luogo, si ha così conferma della condizione di complementarità necessaria in cui versa la scienza giuridica in relazione alle altre scienze umano-sociali, a partire dalla sociologia e dall'antropologia¹³. È ovvio che ciascuna disciplina ha un suo proprio statuto scientifico; tutte nondimeno hanno bisogno di darsi sostegno a vicenda. Le stesse soluzioni adottate per via legislativa o giurisprudenziale, riguardate dall'angolo visuale della sociologia o di altre discipline ancora, possono essere con profitto utilizzate al fine della complessiva conoscenza delle dinamiche sociali in genere, nella stessa misura in cui – come si è veduto – il diritto in genere (e, per ciò che qui maggiormente importa, il diritto costituzionale) ha bisogno di appoggiarsi ad altre discipline.

In terzo luogo, balza agli occhi il centrale rilievo della comparazione con esperienze (positive e non) di altri ordinamenti al fine della opportuna messa a punto degli istituti propri dell'ordinamento

¹³ Non è caso, d'altronde, se una sensibile dottrina si è dichiarata dell'idea che il giudice debba oggi essere provvisto di nozioni di antropologia (v., dunque, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012, e, della stessa, ora, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Quest. giust.*, 1/2017, 216 ss.). I problemi che oggi si pongono nella società multiculturale hanno costituito oggetto, non molto tempo addietro, di un animato confronto in occasione del XXX Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali* (Roma, 6-7 novembre 2015).

di appartenenza¹⁴. Un rilievo crescente, specie nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e da vincoli viepiù stringenti discendenti dalla Comunità internazionale. E poiché per effetto dell'una e in conseguenza degli altri possono venire alla luce norme dotate persino di rango costituzionale¹⁵, norme che perciò fanno corpo con quelle di diritto interno, se ne ha che della loro considerazione non è possibile fare a meno al fine della stessa puntuale messa a punto delle previsioni della Carta costituzionale e delle altre da esse discendenti.

La più probante conferma del rilievo della comparazione, nondimeno, si ha sul terreno sul quale maturano le vicende delle c.d. "tradizioni costituzionali comuni" che vengono a formarsi proprio al fine del riconoscimento e dell'ottimale tutela dei diritti fondamentali¹⁶. Tradizioni che si pongono perciò quale il frutto, originalmente prodotto dalla Corte dell'Unione, direttamente discendente dallo (e poggiante sullo) strumento illuminante della comparazione, così come è solo facendo congruo utilizzo di quest'ultima che la dottrina può sottoporre a verifica i risultati raggiunti dal giudice eurounitario, come pure gli altri cui perviene la Corte di Strasburgo, specificamente laddove fa richiamo delle "tradizioni" nazionali al fine di stabilire se siano o no in linea con le indicazioni della Convenzione¹⁷.

Tutto ciò posto, un punto è, nondimeno, da tenere fermo: che i bisogni elementari evocati dalla formula dell'art. 36 cost., *qualunque cosa significhi un'esistenza "libera e dignitosa"*, fanno capo all'uomo in quanto tale, non già restrittivamente al cittadino. Dal disposto appena richiamato, nel suo porsi quale filiazione diretta di quelli di cui agli artt. 2 e 3, discende dunque una precisa direttiva d'azione per i pubblici poteri in genere, in ambito centrale come pure in sede periferica¹⁸, nel momento in cui sono chiamati a dare tutela ai diritti fondamentali, nel senso della inclusione sociale e giuridica, proprio perché in sé "inclusiva" è la nozione di diritto costituzionale¹⁹. Ove così non fosse,

¹⁴ Interessanti notazioni sono al riguardo svolte da R. SCARCIGLIA, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1011 ss., e, più di recente, da A. MORELLI, *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 513 ss. e, dello stesso, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *federa* 1/2017, 11 gennaio 2017, nonché dai contributi di G. DE VERGOTTINI, V. VARANO e R. TARCHI, dedicati all'apporto dato da A. Pizzorusso alla comparazione, che sono in [DPCE ONLINE](#), 2/2017. Avverte dei rischi derivanti da usi impropri dello strumento della comparazione L. PEGORARO, *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in *Diálogos de Saberes*, 43/2015, 219 ss. Dell'uso della comparazione nella giurisprudenza costituzionale riferisce P. PASSAGLIA, [Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 - giugno 2015](#), in questa *Rivista. Studi*, 2015/II, 13 luglio 2015, 589 ss.

¹⁵ ... quali le norme alle quali fa rinvio l'art. 10, I c., le norme concordatarie, di cui all'art. 7, e quelle dell'Unione europea, le quali ultime sono provviste – per riconoscimento ormai indiscusso – di "copertura" nell'art. 11.

¹⁶ Ne ha, tra gli altri, rimarcato il rilievo O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.

¹⁷ L'utilizzo che in concreto si fa del margine di apprezzamento riconosciuto a beneficio degli Stati, d'altronde, implica un intenso e fecondo ricorso alla comparazione, pur se alle volte circoscritta unicamente ad alcuni ordinamenti, selettivamente considerati.

¹⁸ In particolare, quanto al ruolo che le Regioni e gli enti territoriali in genere possono giocare a salvaguardia dei diritti fondamentali in genere, v. i contributi che sono in *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè, Milano 2012 e *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014 (con numerosi scritti dedicati alla condizione degli stranieri); in prospettiva comparata, v. P. MASALA, *La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto tra uniformità e differenziazione. Decentramento e diritti sociali in Italia, Germania e Spagna*, I e II, Pisa University Press, Pisa 2014. Con specifico riguardo ai diritti degli immigrati, tra gli altri, i contributi che sono nella parte terza de *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi - F. Biondi Dal Monte - M. Vrenna, Il Mulino, Bologna 2013 (e, part., *ivi*, M. VRENNA, *Le regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, 397 ss.) e ora, l'intervento al nostro incontro di C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale, fra emergenza e normalità. Spunti di riflessione*.

¹⁹ Pertinenti rilievi sul punto, di cruciale rilievo, in A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016. V., inoltre, utilmente, S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2016, spec. 85 ss.

si smarrirebbe il senso stesso della solidarietà²⁰, che è il vincolo etico-giuridico che tiene unita ogni persona alle altre e tutte assieme le rende partecipi della stessa comunità.

Questa conclusione – come si vedrà meglio a momenti – è messa sotto *stress* nel campo dei rapporti politici, laddove si pongono peculiari esigenze legate al rapporto parimenti peculiare che si intrattiene tra lo Stato e i suoi cittadini in siffatto campo. Quale che sia, tuttavia, il modo con cui si vedano al riguardo le cose, in ambiti diversi da quello politico i primi risultati appena raggiunti, seppur ovviamente bisognosi dei loro opportuni svolgimenti, sono da tener fermi; e ad essi occorre dunque far ora riferimento nel momento in cui si mette a fuoco la condizione degli immigrati e dei migranti.

3. *Gli immigrati, il peculiare e stretto rapporto che essi hanno col territorio dello Stato, la sollecitazione che ne viene alla revisione dell'idea tradizionale di cittadinanza, con i conseguenti riflessi per ciò che, in particolare, attiene al godimento dei diritti politici*

Al pari del sintagma “diritti fondamentali”, anche il termine “immigrazione” – come si diceva all’inizio di questa riflessione – richiede di essere spiegato. Possono (e devono) al riguardo farsi alcune precisazioni; avverto, nondimeno, subito che qui lo intendo in larga accezione, comprendendovi coloro che instaurano un rapporto permanente col territorio in cui si stabiliscono (gli *immigrati*) come pure gli altri che vi si trovano di passaggio (i *migranti*), puntando a stabilirsi altrove²¹.

La condizione è chiaramente diversa; si tratta, però, qui di stabilire se possano aversi trattamenti discriminatori per ciò che attiene al godimento dei diritti fondamentali.

Il rapporto col territorio ha comunque centrale rilievo, vuoi perché è da esso che discendono (e ad esso si legano) le manifestazioni di sovranità dello Stato e di potestà di normazione e di amministrazione degli enti in genere che compongono la Repubblica e vuoi perché il territorio, quale centro di emersione di interessi, si pone quale punto costante di riferimento tanto per ciò che attiene ai diritti vantati da coloro che in esso, seppur *ad tempus*, si trovano quanto, specularmente, in merito ai doveri gravanti sui pubblici poteri in genere²².

Il rapporto col territorio esprime, dunque, plurime valenze e possiede una capacità riconformativa delle situazioni giuridiche soggettive ad oggi non compiutamente esplorata anche in profili di primario rilievo.

È stato detto da una sensibile dottrina²³ che i diritti fondamentali si presentano, nel presente contesto istituzionale e costituzionale, quali “agenti dissolutori degli *status*”; ed è vero. A me pare tuttavia

²⁰ Come ha, non molto tempo addietro, efficacemente rilevato L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in Costituzionalismo.it, 1/2016, 56, “solidarietà significa non escludere nessuno, non far sentire nessuno estraneo e diverso”.

²¹ Alcune persone, però, come i richiedenti asilo, potrebbero stabilirsi a tempo indeterminato sul territorio (sulla loro condizione si è soffermato, in occasione del nostro incontro, F. CROCE, *Il fenomeno migratorio come variabile dell'organizzazione amministrativa. Il caso degli S.P.R.A.R.* Sui profili costituzionali del diritto di asilo, tra gli altri, v. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova 2007; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma 2011; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano 2012, 311 ss.; G. SCACCIA - D. DE LUNGO, *Il diritto di asilo*, in AA.VV., *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, a cura di F. Rimoli, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 605 ss.; P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 143 ss.; R.S. BIROLINI, *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normativi*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](http://OsservatorioCostituzionaleAIC.it), 2/2016, 18 luglio 2016. In prospettiva storico-teorica, F. MASTROMARTINO, *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Giappichelli, Torino 2012; da altro angolo visuale ancora, v. A. SCIURBA, *Misrecognizing Asylum: Causes, Modalities, and Consequences of the Crisis of a Fundamental Human Right*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2017, 141 ss.).

²² Sul rilievo del territorio nelle complessive vicende storico-politiche dello Stato e sulle prospettive che possono aversene per i suoi ulteriori sviluppi, v., part., A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano 2010, e I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2010.

²³ C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 7 ss.

che sia l'idea di persona umana, nel suo porsi al centro del disegno costituzionale, a portare naturalmente a quest'esito, nel mentre il territorio sollecita per la sua parte ad offrire protezione e tutela a quanti in esso a qualunque titolo si trovano. La qual cosa, peraltro, non sgrava lo Stato dell'onere di dare il proprio fattivo concorso con altri Stati ed organizzazioni in genere per la risoluzione dei problemi esistenziali delle persone maggiormente vulnerabili ed esposte *ovunque* si trovino²⁴, anche (e soprattutto) in Paesi distanti dal nostro ed afflitti da guerre, carestie e da quant'altro non consente a coloro che in essi vivono di condurre una esistenza "libera e dignitosa"²⁵. È questa, infatti, una delle proiezioni, verso l'esterno, del dovere di solidarietà, di cui è parola nell'art. 2 della Carta, del quale non può darsene – come, invece, sovente si fa – una riduttiva rappresentazione, circoscritta al solo ambito interno.

È, poi, chiaro che, a seconda del modo di essere del legame tra persona e territorio, possono determinarsi conseguenze dell'una o dell'altra natura e dalla varia intensità in ordine al godimento dei diritti fondamentali.

Così, la stabilità della residenza nel territorio dello Stato mette sotto *stress* la nozione tradizionale di cittadinanza²⁶, che ha – come si sa – la sua roccaforte al piano dei diritti politici, laddove ugualmente nondimeno soffre una graduale erosione²⁷.

²⁴ Sul concetto di "vulnerabilità", v., ora, l'ampio ed argomentato saggio di S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 5 aprile 2017, con specifico riferimento ai soggetti disabili.

²⁵ Si è, ancora non molto tempo addietro, con opportuni rilievi riferito all'amore per i lontani A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#). L'autore si è molte volte ed a varie finalità di ricerca intrattenuto sul dovere di solidarietà, facendosi portatore di una sua accezione "forte": ad es., in *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in [Rivista AIC](#), 4/2011, 6 dicembre 2011. Sulla proiezione esterna del dovere di solidarietà, v., inoltre, A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, spec. 13 ss.

²⁶ ... a riguardo della quale faccio qui richiamo solo delle dense riflessioni teoriche di M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 203 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Giuffrè, Milano 1997; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova 1997, del quale, v., inoltre, *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, e *Una cittadinanza funzionale. Ma a cosa? Considerazioni sull'acquisto della cittadinanza iure soli, a partire da una suggestione di Patricia Mindus*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2/2015, 477 ss.; C. SALAZAR, "Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Pol. dir.*, 3/2001; 373 ss.; R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7 febbraio 2008. Studi recenti di particolare interesse sono quelli L. RONCHETTI, *La Costituzione come spazio della cittadinanza*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2/2015, 441 ss.; A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 303 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, 1/2017, 41 ss. Riferimenti di ordine storico-teorico, con specifico riguardo all'ordinamento francese, possono, poi, aversi da C. CORNELI, *Liberté, égalité, citoyenneté. L'evoluzione di un modello di cittadinanza tra storia, modernità e post-modernità*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 novembre 2016; pure *ivi*, per un raffronto tra Italia e Francia, v. S. FABIANELLI, *Fenomenologia dello ius soli: riflessioni tra Francia e Italia (... in attesa di un futuro esame del Senato)*, 6 novembre 2016. Infine, se si vuole, anche i miei *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in [Rivista AIC](#), 2/2011, 3 giugno 2011, e [I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali](#), in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., 25 ss., spec. 38 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2015/I](#), 1° aprile 2015, 132 ss. e 140 ss.

Sull'incidenza esercitata dal legame stabile col territorio in ordine al modo di essere della cittadinanza si è già espressa, con varietà d'impostazione e di esiti teorico-ricostruttivi, una nutrita schiera di autori. Il punto è, poi, stato toccato anche da molti contributi al nostro incontro, tra i quali quelli di V. ARATA, *Dalla cittadinanza alla residenza. Il principio dell'effetto utile nella giustizia amministrativa*, e A. RAUTI, *Lo ius soli In Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*

²⁷ Basti solo pensare ai passi in avanti fatti in sede di Unione al fine di pervenire alla meta del riconoscimento dei diritti politici, quanto meno nelle assemblee elettive locali.

Non saprei dire quanto tempo ancora resisteranno alcune antiche e, per vero, ad oggi radicate credenze, che nondimeno stanno portando ad un complessivo ripensamento dell'idea tradizionale di cittadinanza²⁸, alla sua conversione – sollecitata dalla più sensibile dottrina²⁹ – dal modello della *cittadinanza-appartenenza* a quello della *cittadinanza-partecipazione*³⁰. Una spia di una maggiore attenzione verso un problema che tarda nondimeno a trovare adeguata soluzione può vedersi nei progetti di legge col tempo presentati (ed alcuni ad oggi pendenti), coi quali si punta all'esito di riconoscere lo *status* di cittadino ai figli degli immigrati nati nel territorio dello Stato (ecco una delle più salienti testimonianze del legame col territorio), sia pure a certe condizioni, sul merito delle quali nondimeno nulla posso ora dire³¹.

Colgo, poi, l'opportunità oggi offertami per rinnovare le mie forti perplessità, già in altri luoghi³² manifestate, a riguardo della distinzione che si fa tra la rappresentanza in seno alle assemblee elettive locali e quella che invece prende corpo nelle assemblee nazionali, la quale ultima dovrebbe restare comunque categoricamente esclusa dall'apertura fatta agli stranieri stabilmente residenti in Italia³³.

Ad onor del vero, si danno due argomenti molto forti a sostegno di siffatta preclusione.

Per un verso, infatti, attraverso la presenza nelle assemblee nazionali si rende possibile concorrere alle attività di direzione politica in genere e, per ciò pure, alla assunzione delle scelte specificamente riguardanti l'immigrazione, condizioni e limiti dell'apertura e quant'altro attiene alla sua definizione e gestione. Per un altro verso, poi, si può prendere parte alla formazione delle leggi costituzionali e delle leggi di revisione costituzionale e, perciò, al rifacimento dell'atto che sta a fondamento della Repubblica.

Nessuno dei due argomenti sembra tuttavia irresistibile; e a darne conferma basti solo por mente alla circostanza per cui, da un canto, il condizionamento nei riguardi dell'indirizzo politico può comunque aversi, in molti modi e sedi anche diverse da quella parlamentare³⁴. D'altro canto, sono molti

²⁸ ... tanto più se si considera l'incidenza esercitata *ab extra* sulla disciplina nazionale della cittadinanza, di cui un tempo non si aveva invece traccia (in argomento, dopo L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, v., part., ora, E.A. FERIOLO, *La cittadinanza "oltre" lo Stato. Interferenze internazionali e sovranazionali nell'acquisto e conservazione della cittadinanza statale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 15 febbraio 2017).

²⁹ Riferimenti, ora, nel contributo offerto al nostro incontro da V. MARCENÒ, *Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego*.

³⁰ Con specifico riguardo alla nozione di "cittadinanza amministrativa", di recente, v. M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2016, 8 novembre 2016.

³¹ ... e rimando, pertanto, ad alcune ricerche accurate, tra le quali quella i cui esiti ci sono stati rappresentati nel corso del nostro incontro da A. RAUTI, *Lo ius soli In Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, cit. Alcune previsioni – segnale qui *per incidens* –, come quella che rinvia il riconoscimento in parola al compimento del diciottesimo anno, mi lasciano perplesso sotto lo specifico aspetto della loro rispondenza a ragionevolezza. Ancora nello scritto ora cit., § 4, si fa opportunamente notare la stranezza costituita dal fatto che chi nasce nel nostro territorio dev'attendere diciotto anni per l'acquisto della cittadinanza, diversamente dallo straniero che, nato altrove, può acquisirla dopo dieci anni.

³² ... fra i quali, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., spec. 38 ss., nonché in questa *Rivista, Studi*, 2015/I, 1° aprile 2015, 140 ss.; nell'*op. coll.* ora cit., v., inoltre, E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli "stranieri" (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, 415 ss., e P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 15 maggio 2016, seppur in una cornice teorica distante da quella in cui s'inscrive la mia riflessione. Torna ora a soffermarsi sul punto A. RAUTI, nello scritto da ultimo cit., spec. al § 2.

³³ La partecipazione alla vita pubblica, nondimeno, non si esaurisce – com'è chiaro – nel mero fatto elettorale, potendosi realizzare in forme plurime, alcune delle quali (come le Consulte) già sperimentate (sia pure con risultati complessivamente deludenti), mentre altre ancora potrebbero aversi, anche con connotati inusuali e per iniziativa sia dell'apparato centrale che dei poteri locali (si è intrattenuta su alcuni aspetti della complessa questione, in occasione del nostro incontro, V. PRUDENTE, *L'integrazione dello straniero attraverso la partecipazione alla vita pubblica locale*).

³⁴ Ricordo solo a me stesso che più volte alcuni stranieri (a partire da J. Fabre, obiettore di coscienza belga, fino a D. Traoré, avvocato maliano) sono stati eletti ai vertici della segreteria politica dei radicali, determinandosi non lievi problemi in alcune circostanze, quale quella che si ebbe in occasione di una crisi di governo, nel corso della quale il Presidente della Repubblica non intese ricevere il segretario quale componente della delegazione del partito in sede di consultazioni.

i non cittadini italiani cui è data la possibilità di incidere, di diritto o di traverso, sul dettato costituzionale, secondo quanto è ancora una volta *per tabulas* testimoniato dalle modifiche che possono aversi della Carta ad opera di atti o fatti aventi origine esterna, quali le consuetudini internazionali, le norme eurounitarie e quelle concordatarie.

Qui, il discorso ci porta naturalmente ad intravedere un legame assai stretto tra l'apertura della Carta al diritto internazionale e sovranazionale per un verso, il riconoscimento dei diritti fondamentali per un altro verso. Quest'ultimo non discende necessariamente ed esclusivamente dalla prima, la quale nondimeno può offrire (ed effettivamente offre) un contributo di prima grandezza a quello (specie per il servizio al riguardo prestato ai diritti dalle Carte aventi origine esterna).

Ci si intenda. Nessuno qui nega che la Costituzione distingua – piaccia o no – la condizione del cittadino da quella del non cittadino, alla quale fa esplicito riferimento uno dei principi di base dell'ordinamento, iscritto nell'art. 10, II c. Il punto è, però, se, in forza di quest'ultimo, si giustifichi o no (e, se sì, dove e fino a che punto) un diverso trattamento per ciò che ha riguardo al godimento dei diritti fondamentali.

Nulla, tuttavia, autorizza a trarre dal laconico disposto ora richiamato, col rimando in esso fatto a norme di diritto internazionale cui le leggi e gli atti di diritto interno in genere sono obbligati a prestare osservanza³⁵, una conclusione siffatta che, a tacer d'altro, equivarrebbe ad ammettere che si dia una rottura della Costituzione rilevante al piano dei rapporti tra principi, l'art. 10 in tesi negando ciò che invece affermano gli artt. 2 e 3³⁶.

Se, di contro, si conviene – come a me pare si debba – che si dà una comunanza di esperienze di vita tra cittadini e non cittadini, una comunanza peraltro con riguardo alle persone stabilmente residenti consolidata dalla *diuturnitas* dei rapporti intrecciati nel corpo sociale e che in alcuni ambiti materiali si presenta particolarmente vistosa (dalla sanità al lavoro o all'istruzione, e ad altri ambiti ancora), ebbene la diversificazione nel godimento dei diritti costituzionali verrebbe allora a manifestarsi in tutta la sua cruda evidenza, esibendo il volto arcigno di una discriminazione odiosa, intollerabile, ripugnante a Costituzione. Una discriminazione – come si viene dicendo – particolarmente grave con riferimento a coloro che stabilmente vivono ed operano in Italia, concorrendo non meno dei cittadini residenti alle esigenze dell'erario³⁷ e che possono persino essere chiamati all'adempimento del dovere per antonomasia un tempo considerato proprio dei soli cittadini, quello di difesa della patria³⁸; e, però, una discriminazione che non cessa di esser tale anche per i non residenti in modo stabile e persino per gli irregolari, laddove si tratti di assicurare loro almeno le condizioni minime di un'esistenza “libera e dignitosa”.

³⁵ Il vincolo, dopo la revisione costituzionale del 2001, è ribadito nel I c. dell'art. 117. La illustrazione del rapporto, particolarmente complesso, intercorrente tra quest'ultimo disposto e quelli di cui al I e II c. dell'art. 10 non può tuttavia trovare ora spazio per essere fatta, neppure con la speditezza imposta a questa riflessione.

³⁶ Le rotture della Costituzione si hanno, come si sa, in presenza di deroghe recate da una regola della stessa Carta ad uno dei principi fondamentali, quale quello di eguaglianza, mentre qui si avrebbe una deroga nei rapporti tra principi; ciò che solleva non poche riserve di ordine teorico.

³⁷ Sta proprio qui, infatti, una delle ragioni che maggiormente depongono per il riconoscimento dei diritti politici anche agli stranieri stabilmente residenti, in linea con una indicazione risalente – com'è noto – ad una delle più salde tradizioni della rappresentanza politica, e segnatamente al principio *no taxation without representation*.

Un grave *vulnus* per la democrazia, dunque, si consuma fintantoché non dovesse porsi rimedio a questa grave, perdurante carenza.

³⁸ Si rammentino, al riguardo, le indicazioni date da [Corte cost. nn. 172 del 1999](#) (con le note di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, e G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: un'interpretazione discutibile della Corte*, entrambi in *Giur. cost.*, 1999, rispettivamente, 1705 ss. e 1728 ss.) e 119 del 2015 (coi commenti di S. PENASA, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [Rivista AIC](#) 3/2015, 18 settembre 2015; nella stessa *Rivista*, A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, 4/2015, 16 ottobre 2015, e G. MONACO, *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, 4/2016, 12 novembre 2016).

Anche per quest'aspetto – come si vede – viene a cadere una delle obiezioni maggiormente penetranti mosse avverso il riconoscimento dei diritti politici agli stranieri residenti nel suolo italiano.

4. Verso una profonda riconsiderazione critica di schemi inveterati riguardanti la rappresentanza politica, le dinamiche della forma di governo, le stesse complessive movenze della forma di Stato

Che questa situazione non resti priva di conseguenze al piano dei rapporti politici è testimoniato da un dato sul quale, a mia opinione, non si è ad oggi prestata la dovuta attenzione e che, per la sua parte, concorre esso pure ad un complessivo ripensamento di alcuni schemi inveterati riguardanti la cittadinanza e la rappresentanza politica.

Nel presente contesto segnato da rapporti internazionali e sovranazionali idonei – come si è segnalato – ad esprimere vincoli particolarmente intensi, i rappresentanti (specie quelli operanti in seno alle assemblee nazionali) sono chiamati a dar voce anche a coloro dai quali non dipende la loro elezione, a farsi cioè carico delle aspettative, specie le più diffuse ed avvertite, di cui sono portatori gli stranieri, immigrati o migranti che siano, oltre che – come si è veduto – a quelle dei *partners* europei e dei mercati internazionali. Emblematica di questa crescente tendenza la vicenda che ha portato alla nascita del Governo Monti, similmente peraltro a ciò che si è avuto anche in altri Paesi particolarmente esposti al vento impetuoso della crisi (molti – com'è noto – i Governi caduti a causa di quest'ultima)³⁹.

Qui, si ha forse la più lampante riprova della strutturale apertura della Costituzione all'esperienza. Nel diritto vivente, il dettato costituzionale è stato dunque riscritto e va soggetto a mai finito mutamento, confermandosi così essere la Costituzione, più che un *atto*, un *processo*, che è appunto nel suo *fieri*⁴⁰.

Come mi sono sforzato di mostrare in altro luogo, la disposizione-base sulla relazione fiduciaria, l'art. 94, I c., si è così trovata costretta a soffrire una sua profonda trasformazione. Il Governo, infatti, non è tenuto a godere solo della fiducia delle Camere; accanto (e, forse, persino più ancora di questa) sta la fiducia dei *partners* europei e dei mercati internazionali.

Nei fatti, a dirla tutta, gli ultimi, i diseredati, i più bisognosi di cura stanno fuori di questo scenario. Ma la direttiva d'azione che vigorosa viene ai rappresentanti e ai governanti in genere, ancora prima che da precetti di organizzazione, dai principi fondamentali, a partire da quelli espressivi di libertà ed eguaglianza, è nel senso di dare ascolto alla voce delle persone maggiormente deboli ed esposte, alla loro pressante richiesta di tutela delle loro condizioni minime di vita.

Ora, se il rapporto di rappresentanza subisce una profonda trasformazione della sua stessa struttura e funzione, se cioè i rappresentanti non devono dar conto unicamente a coloro dai quali dipende la loro elezione, come tener ferma quale era (ed è) la cittadinanza, coi suoi connotati tipici? E come tener fermi gli antichi schemi in tema di rapporti tra comunità governata ed apparato governante, il cui svolgimento connota e qualifica le movenze della forma di Stato?

Tutto è ormai cambiato, perché è cambiato il mondo.

La sovranità appartiene al popolo, ci dice il primo articolo della Carta; e sappiamo che il popolo, per la tesi tradizionale, è composto dai cittadini. Il punto è però che la sovranità non appartiene ormai più *solo* al popolo e neppure allo Stato, per riprendere i termini essenziali di un'antica *querelle* che sempre più stancamente si trascina. L'esperienza di una sovranità "condivisa" tra Unione e Stati sta tutta qui, in tutta la sua lampante evidenza, sotto i nostri occhi a testimoniarcì che è l'intera Carta, a partire proprio dal suo primo articolo, a dover essere caricata di significati inusuali per effetto della sua apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nonché per effetto di dinamiche che prendono corpo *extra moenia* e che risultano incontrollabili (o solo in minima parte controllabili) dallo Stato.

³⁹ Ho commentato questa vicenda nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in Federalismi.it, 23/2011, 30 novembre 2011.

⁴⁰ Su ciò, part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. Sul moto della Costituzione, v., inoltre, la densa riflessione di M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 1/2013, 1 marzo 2013.

Questo contesto può piacere come non piacere ma non possono chiudersi gli occhi davanti alla sua corposa evidenza.

Non è di qui, ovviamente, l'approfondimento di questioni, pure di cruciale rilievo, riguardanti il modo di essere della forma di governo e della stessa forma di Stato, le loro più salienti vicende, gli scostamenti registratisi rispetto alle scarnificate indicazioni di un modello costituzionale ormai largamente recessivo. La qual cosa, poi, dovrebbe spingere vigorosamente verso un aggiornamento a tutto campo della Carta, che tuttavia – com'è noto – da noi non si riesce a portare a buon fine, per ragioni plurime e complesse, la cui illustrazione ci porterebbe troppo oltre l'*hortus conclusus* in cui questa riflessione a tenuta a contenersi⁴¹.

Restando all'ordine tematico qui di specifico interesse, alla luce delle considerazioni svolte e avuto specifico riferimento alle aperture fatte dalla Carta costituzionale tanto nei riguardi dell'esperienza sottostante quanto verso altre Carte nelle quali pure si dà il riconoscimento dei diritti fondamentali, può dunque tenersi fermo il risultato sopra raggiunto, secondo cui anche agli immigrati ed ai migranti dev'essere assicurata ogni tutela necessaria a salvaguardare la loro esistenza "libera e dignitosa".

5. Gli scostamenti dell'esperienza dal modello e il bisogno di far luogo ad un complessivo ripensamento del complesso rapporto intercorrente tra i diritti fondamentali da un canto, i principi di eguaglianza, solidarietà e, in ultima istanza, fedeltà alla Repubblica dall'altro

L'esperienza sembra tuttavia essere, dove in maggiore e dove in minore misura, discosta dal modello costituzionale. Si sono, per vero, fatti considerevoli passi in avanti per avvicinarvisi ma il tratto di strada da compiere prima di pervenire alla meta è ancora lungo.

Basti qui solo considerare solo alcune tra le molte manifestazioni dell'esperienza stessa che testimoniano ora perduranti resistenze, di mentalità o di metodo dell'azione statale ancora prima che di contenuti e tratti complessivi, ora forti oscillazioni tra il polo dell'accoglienza e della solidarietà e l'altro della chiusura e dell'indifferenza, quando non dell'aperta ostilità. La stessa giurisprudenza non si sottrae alla tentazione di far luogo a pronunzie pilatesche, gravate da inspiegabili incognite e aporie interne di costruzione.

Si pensi, ad es., all'indirizzo di cui si è fatta portatrice [Corte cost. n. 61 del 2011](#), con riguardo al diritto alle cure, riconosciuto agli stranieri irregolari unicamente nel suo "nucleo duro"⁴²: formula, al pari dell'altra di "contenuto essenziale" dei diritti con cui è sovente identificata⁴³, dalle origini – come si sa – risalenti, di cui si è fatto largo uso negli ambiti materiali più varî e che però risulta connotata da una ineliminabile opacità concettuale e seguita da sue frequenti, imperfette e complessivamente

⁴¹ Della necessità di più o meno ampie ed organiche revisioni costituzionali si discorre da noi – come si sa – da tempo, circoscrivendone tuttavia, per un'assiomatica chiusura, il raggio di escursione di campo alla sola parte dell'organizzazione. Di contro, il processo riformatore dovrebbe muovere proprio dalla prima parte (ad es., aggiornandosi il catalogo dei diritti fondamentali) per poi coerentemente e linearmente portarsi sulla seconda. Sta di fatto, però, che nessuna riforma di un certo respiro – eccezion fatta di quella del 2001 relativa al Titolo V – è riuscita a giungere in porto; e questo, tra l'altro, spiega le innovazioni per via d'interpretazione... *abrogans* operate dalla giurisprudenza e dalla pratica giuridica in genere, con più o meno scoperte, e tuttavia continue ed incisive, torsioni del modello.

⁴² Sul diritto alle cure dello straniero irregolare, di recente, v. G. VOSA, *'Cure essenziali'*. *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2016, 721 ss.; i contributi al Convegno su *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione*, organizzato dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Firenze 7 aprile 2017, e, da ultimo, alcuni interventi al nostro incontro, tra i quali, part., quello di M. IMMORDINO, *Il diritto alla salute degli immigrati tra emergenza rifiuti e crisi economico-finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*

⁴³ Su quest'ultima formula, v., per tutti, D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012. Sulla varietà di significati del termine "essenziale", di recente, E. BALBONI, *"Essenziale": was ist wesentlich?*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 389 ss.; v., inoltre, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 25 luglio 2016, e, con specifico riguardo ai LEA, ora, M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 19 maggio 2017.

insoddisfacenti realizzazioni; e una formula che – ciò che qui più importa –, al tirar delle somme, alimenta ed incoraggia le discriminazioni.

E ancora si pensi alle resistenze avutesi per ciò che concerne l'accesso ai pubblici uffici degli stranieri, laddove parimenti si è assistito a vistose oscillazioni, puntualmente rilevate dalla più attenta dottrina⁴⁴.

Il vero è che occorre porre urgentemente mano ad una riconsiderazione complessiva del rapporto intercorrente tra i diritti fondamentali in genere da un canto, i principi di eguaglianza, solidarietà e, in ultima istanza, fedeltà alla Repubblica dall'altro: un rapporto messo sotto *stress* e gravato da non poche ipoteche per effetto di un'esperienza che – come si è venuti dicendo – in alcune sue espressioni tarda ancora oggi a ricongiungersi a pieno al modello e a tenersi da esso saldamente.

Dove il fenomeno appare maggiormente vistoso non è, per vero, con riguardo alla condizione degli stranieri regolarmente soggiornanti ormai pressoché per intero assimilata a quella dei cittadini (con la sola, rilevante, eccezione, sopra accennata, relativa al campo politico)⁴⁵, bensì per ciò che attiene ai diritti dei migranti, persino in alcune loro minime espressioni ad oggi rimasti sguarniti di tutela.

Non può invero, al riguardo, tacersi quanto si è fatto, specie col quotidiano e faticoso apporto di una sensibile giurisprudenza, al fine di ripristinare condizioni di una seppur parziale eguaglianza tra

⁴⁴ Tra gli altri, M. CENTINI, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego: un problema costituzionale*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci, Jovene, Napoli 2011, 187 ss.; A. RAUTI, *Stranieri e pubblico impiego*, in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., 329 ss. e, ora, V. MARCENÒ, nel contributo al nostro incontro dietro già richiamato.

⁴⁵ Sui diritti sociali degli stranieri, v., tra i molti altri, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli 2007, spec. 266 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli 2010, 163 ss.; A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, cit., 367 ss.; G. BASCHERINI - A. CIERVO, *I diritti sociali degli immigrati*, in AA.VV., *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, a cura di C. Pinelli, Passigli, Firenze 2012, 17 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni*, in AA.VV., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi - F. Biondi Dal Monte - M. Vrenna, Il Mulino, Bologna 2013, 229 ss. e, della stessa, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Federalismi.it, Focus Human Rights, 3/2014, 24 ottobre 2014; AA.VV., *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I e II, cit.; spunti anche nei contributi di AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015 (e part., *ivi*, N. PÉREZ SOLA, *La incidencia de la crisis económica en las políticas de integración de la inmigración*, 217 ss., e D. LOPRIENO, *Le prestazioni socio-assistenziali a favore dei migranti tra presunte esigenze di contenimento, crisi economica e paura dello straniero*, 239 ss.); AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., nonché negli altri che sono in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; e, ancora, M. LOSANA, *"Stranieri" e principio costituzionale di uguaglianza*, cit.; S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, cit.; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, cit.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit., 41 ss.; P. CHIARELLA, *Il terzo incluso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in Federalismi.it, 7/2017, 5 aprile 2017; A. ALBANESE, *Non discriminazione, uguaglianza e ragionevolezza nella garanzia dei diritti sociali degli immigrati. L'approccio della Corte EDU e della Corte costituzionale*, Intervento al nostro incontro di oggi; pure *ivi*, R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*. Con specifica attenzione alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, R. PALLADINO, *'Ravvicinamento' dello status di immigrato regolare e di cittadino europeo nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 3/2016, 728 ss. Infine, in prospettiva di diritto comparato, E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri. Profili comparatistici*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016.

Un'accreditata dottrina (S. CASSESE, *I diritti sociali degli "altri"*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 4/2015, 9) ha, al riguardo, paventato il rischio che, attraverso una indiscriminata parificazione dello straniero regolare al cittadino nel godimento dei diritti sociali, possa assistersi ad una sorta di "turismo sanitario" o "assistenziale". È questa una evenienza alla quale comunque non possiamo sottrarci, se abbiamo a cuore di mantenere integro il fondamento primo dell'ordinamento che fa rimando alla centralità della persona umana ed alla salvaguardia della sua dignità.

gli irregolari da un canto, i regolari e i cittadini dall'altro⁴⁶. Un lungo tratto di strada, però, come si diceva, rimane ancora da percorrere, specie da parte del legislatore, che pure non ha trascurato di adottare, ancora di recente, alcuni provvedimenti normativi richiesti dalle imponenti migrazioni di massa, i quali nondimeno non si sono sottratti ad argomentate riserve e puntuali rilievi critici⁴⁷.

Le maggiori carenze, nondimeno, si rendono palesi, più ancora che in ambito nazionale, al piano degli interventi di competenza dell'Unione, laddove i vincoli di solidarietà e mutua cooperazione che dovrebbero stare a base dei rapporti sia degli Stati *inter se* che di questi verso l'Unione e, però, pure viceversa, tardano a prendere forma in misure efficaci, seppur non pienamente risolutive⁴⁸. Ulteriori e forse ancora più gravi carenze poi si riscontrano in merito all'effettiva e compiuta implementazione delle misure in parola nella prassi⁴⁹. È sufficiente vedere le immagini che, ahimè ormai quotidianamente, sono trasmesse dalla televisione e che testimoniano il disumano trattamento al quale i migranti seguitano ad andare soggetti⁵⁰, malgrado l'encomiabile sforzo prodotto da quanti senza risparmio di forze si spendono per dare loro un pur minimo sollievo.

Nessuno ovviamente contesta le difficoltà cui va incontro una disciplina positiva chiamata a farsi carico di plurimi e potenzialmente confliggenti valori costituzionali, l'appagamento delle aspettative

⁴⁶ Un solo esempio per tutti, peraltro a tutti noto: la cancellazione ad opera della Consulta, con sent. n. 249 del 2010, dell'aggravante di clandestinità, che alimentava la singolare presunzione di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare.

⁴⁷ Così, ad es., per ciò che concerne il decreto Minniti (d.l. n. 13 del 2017, conv. con modifiche dalla legge n. 46 del 2017), su cui, tra gli altri, i commenti di L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10 marzo 2017; C. PANZERA, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali: prime notazioni sul decreto «Minniti-Orlando»*, in corso di stampa in *Quad. cost.* 3/2017, nonché gli interventi al nostro incontro di S. AGOSTA, *Tra efficienza della giustizia e diritto di difesa dei migranti: i chiaroscuri del recente D.L. n. 13/2017 in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale*, e S. GARDINI, *L'effettività della tutela del migrante dinnanzi al giudice amministrativo*. Lo stesso Ministro Minniti – secondo notizie di stampa diffuse il 6 luglio 2017 – starebbe valutando l'opportunità di aggiungere altri sei hotspot (due in Sicilia, a Palermo e Siracusa, uno a Cagliari e tre in Calabria, a Reggio, Crotone e Corigliano) ai quattro già in funzione (Lampedusa, Pozzallo, Trapani e Taranto). Non si dimentichi poi che – come è stato da molti fatto notare (per tutti, A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2016, 10 gennaio 2017, 85 ss., spec. 92 ss.) – la gestione degli hotspot si è avuta al di fuori delle garanzie previste dalla Carta per i diritti di libertà (segnatamente, della riserva di legge e della riserva di giurisdizione), oltre che di quanto in via generale disposto al II c. dell'art. 10, per ciò che concerne la disciplina legislativa della condizione degli stranieri.

⁴⁸ Tra i molti che ne hanno variamente trattato, v. A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, cit., 32 ss.; B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2016, 471 ss.; pure *ivi*, con specifico riferimento alle esperienze maturate in materia di asilo, F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, 3/2016, 517 ss.; inoltre, R.S. BIROLINI, *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normativi*, cit.; A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, cit., 79 ss.; M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2016, 29 gennaio 2017, 287 ss. e, nella stessa *Rivista*, E. RINALDI, *L'Unione europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori*, 29 gennaio 2017, 325 ss.: più di recente, P. CHIARELLA, *Il terzo intruso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in [Federalismi.it](#), 7/2017, 5 aprile 2017, spec. 7 ss., e S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 17 maggio 2017. Assai eloquente il titolo dell'Editoriale di R. CADIN, *L'insostenibile solitudine dell'Italia davanti ai flussi incontrollati di migranti ridotti in Libia in stato di schiavitù*, in [Federalismi.it](#), 13/2017, 28 giugno 2017. V., poi, il paper su *Diritti, immigrazione, sicurezza*, a cura di E. De Capitani ed E. Paciotti, in [Astrid](#), 21 aprile 2017; pure *ivi*, il piano predisposto dalla Commissione e reso noto in data 4 luglio 2017, dal titolo *Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean route and increase solidarity*. Utili indicazioni anche dal paper su *Europa e migranti*, con introduzione di A.M. NICO, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2017, 3 luglio 2017.

⁴⁹ Si è fatto il punto su come vanno al riguardo le cose in *Fact Checking: Migrazioni*, nel sito dell'[Istituto per gli studi di politica internazionale](#), 29 giugno 2017.

⁵⁰ Come ha in modo crudo ma efficace rilevato P. CHIARELLA, *Il terzo intruso*, cit., "l'intruso, come tale, è un soggetto sgradito, un 'problema in persona' (piuttosto che una persona con dei problemi), la cui soggettività è degradata al valore delle 'vite di scarto'" (3, con richiamo di un noto scritto di Z. Bauman).

nutrite dai migranti dovendosi ad ogni buon conto conciliare con altri interessi, tra i quali principalmente quello della sicurezza⁵¹: un bene, individuale e collettivo a un tempo, quest'ultimo, che in molti casi della vita si trova a soggiacere a complesse e sofferte ponderazioni con altri beni o interessi (ad es., con quello al ricongiungimento familiare, su cui è venuta – come si sa – a formarsi una ormai nutrita e però essa pure oscillante giurisprudenza⁵²).

Sta di fatto, tuttavia, che non si è ancora riusciti – come si diceva – a cogliere fino in fondo e, soprattutto, a tradurre in pratiche conseguenti le molteplici, mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi fondamentali più direttamente evocati in campo dall'imponente fenomeno migratorio, sì da potervi far fronte, perlomeno fin dove possibile.

Il vero è che, non si è ancora avuta piena consapevolezza del carattere complesso della relazione intercorrente tra solidarietà ed eguaglianza: termini inseparabili, se si conviene che – come si è tentato di mostrare altrove⁵³ – la prima presuppone, sì, la seconda ma allo stesso tempo può concorrere (ed effettivamente concorre) alla sua ulteriore affermazione ed al radicamento nel corpo sociale.

Solidarietà ed eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale, sono poi – come pure si è argomentato in altro luogo – la fedeltà alla Repubblica *in action*: questa apprezzandosi fino in fondo unicamente all'effettivo ricorrere di quelle, così come però – una volta di più, circolarmente – è pur sempre in nome del dovere sancito nell'art. 54 della Carta che rinvengono la loro più persuasiva giustificazione le prestazioni di solidarietà fatte alle persone che maggiormente ne hanno bisogno⁵⁴, nell'intento di realizzare – perlomeno, fintantoché sia possibile – l'effettiva eguaglianza coi più fortunati⁵⁵.

⁵¹ Sul concetto costituzionale di sicurezza, v. i puntuali rilievi che sono in M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 16 ss. In argomento, utili spunti ricostruttivi sono offerti, tra gli altri, da A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 6 febbraio 2015; T. FENUCCI, *Quanto spazio c'è per un diritto individuale alla sicurezza nell'ordinamento costituzionale italiano? Brevi osservazioni*, in *Federalismi.it*, 22/2015, 25 novembre 2015; E. GROSSO, *Lotta al terrorismo e funzione pedagogica della politica: l'anima perduta dell'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 285 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. DE VIVO, *Sicurezza e diritti fondamentali: la risposta italiana e francese al terrorismo*, 3/2016, 715 ss.; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli 2016; M. RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi.it*, 23/2016, 30 novembre 2016; C. BASSU, *I diritti umani e le nuove sfide della sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 marzo 2017; G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 4 aprile 2017. In prospettiva comparatistica, v. AA.VV., *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, a cura di A. Torre, Maggioli, Rimini 2014. Infine, i contributi al nostro incontro di N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico e diritti fondamentali degli stranieri: riflessioni sull'espulsione degli stranieri prevista dall'art. 3, d.l. n. 144 del 2005*; F. ROTA, *Ordine pubblico ideale e sicurezza: la condizione giuridica dei migranti tra diritti umani e potere coercitivo*, e, con specifico riguardo ai c.d. migranti "climatici", I. RUGGIU, *Il cambiamento climatico come fattore di migrazione: impatti sulla sicurezza a livello locale*.

Con riferimento alle misure adottate a livello di Unione, v., ora, la direttiva 2017/54 (e, su di essa, la nota di S. SANTINI, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 luglio 2017).

⁵² Riferimenti, se si vuole, possono aversi dal mio *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 18 maggio 2017, spec. al § 2. Nella dottrina anteriore, con specifico riguardo al diritto al ricongiungimento, E. FIORINI, *Il ricongiungimento familiare. L'esperienza dell'avvocato*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, a cura di P. Costanzo - S. Mordegli - L. Trucco, Giuffrè, Milano 2008, 45 ss.; F. ANGELINI, *Il diritto al ricongiungimento familiare*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, cit., 159 ss.; R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Cacucci, Bari 2012; A.A. GENNA, *Il diritto al ricongiungimento familiare dello straniero tra diritto dell'immigrazione e diritto di famiglia: una chiave di lettura costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. Verde e A.A. Genna, Giappichelli, Torino 2012, 1 ss.; C. RAGNI, *Il diritto al ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine del caso Pajić*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2016, 454 ss.

⁵³ Ancora nel mio scritto da ultimo cit.

⁵⁴ Cure speciali (materiali e soprattutto psicologiche) vanno, al riguardo, somministrate ai minori non accompagnati, secondo quanto è opportunamente rimarcato da molti studi, alcuni dei quali illustrati in occasione del nostro incontro.

⁵⁵ Sulle implicazioni esistenti tra i doveri di solidarietà e quello di fedeltà, v., ora, pure, utilmente, A. MORELLI, *sub art. 54*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Prima parte, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Il Mulino, Bologna 2017, in corso di stampa.

È chiaro che quanto si viene dicendo, da un certo punto di vista, va oltre la *summa divisio* tra cittadini e non cittadini (in ispecie, appunto, se migranti). Le notazioni da ultimo svolte riguardano – com'è chiaro – anche i cittadini maggiormente bisognosi di cure. Stranamente, infatti, alle volte si dimentica che le maggiori discriminazioni non si hanno in base alla cittadinanza o unicamente per effetto di questa bensì in forza di tutti quei fattori che scavano solchi incolmabili tra persone benestanti e persone cui manca il minimo per sopravvivere con dignità.

Qui, ovviamente, il discorso dovrebbe portarsi alla ricerca delle cause cui sono da addebitare i gravi squilibri in merito alla distribuzione della ricchezza, alla lotta, che parrebbe essere ormai definitivamente persa, all'evasione fiscale ed alla corruzione. Chiaramente, a tutto ciò non può qui farsi neppure un cenno. Ci si deve pertanto contentare di aver messo in evidenza che quello degli immigrati e, soprattutto, dei migranti è solo una parte – di certo, tra le più importanti – del problema di ordine generale riguardante lo scarto tra un'esperienza ad oggi afflitta da molte contraddizioni e gravi ingiustizie sociali ed un modello costituzionale che vorrebbe invece le une e le altre, una volta per tutte, debellate e rimosse.

Stefano Agosta*
Il legislatore ed il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale**

*Nessun problema ha soluzione.
 Nessuno di noi scioglie il nodo gordiano; tutti noi o rinunciamo o lo tagliamo.*
 [F. PESSOA, *Il libro dell'inquietudine*, a cura di V. Tocco, Milano, 2012, 421].

SOMMARIO: 1. La *risposta* (necessaria ed urgente) del Governo alla sempre più pressante *domanda* di immunità comunitaria. – 2. Le disposizioni in materia di prevenzione vaccinale a confronto con l'art. 32, comma 2, Cost. – 3. (*Segue*): con l'art. 77 Cost. Il *cosa* ed il *dove* del provvedimento adottato. – 4. (*Segue*): il *quando*. Le questioni eticamente divisive e l'auspicio di una futura inversione del metodo di azione (da coercitivo/oppositivo a persuasivo/conciliativo).

1. *La risposta (necessaria ed urgente) del Governo alla sempre più pressante domanda di immunità comunitaria*

Che negli ultimi anni la domanda di immunità comunitaria (o *herd immunity*)¹ in Italia si sia drammaticamente fatta via via sempre più pressante – e che una delle principali concause sia rappresentata da un lento (eppure inarrestabile) abbassamento della copertura vaccinale di talune patologie – non è più un mistero². Considerato perciò che la diffusione delle malattie infettive può essere accettabilmente contenuta solo a condizione che un'ampia porzione della popolazione (*ivi* compresi i minori nelle prime fasi di vita) si sottoponga alle vaccinazioni, non può quindi stupire che il Governo – non dissimilmente dal suo più celebre antecedente mitologico (il quale, non per caso, si è scelto di richiamare pure nel titolo del presente contributo) – abbia in conclusione preferito recidere con un colpo ben assestato e netto il nodo in questione anziché provare gradualmente a scioglierlo, intervenendo col recente d.l. n. 73/2017 recante *disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*³.

Connotato tanto da iniziative, per così dire, provenienti dal basso e persuasive quanto, e soprattutto, discendenti dall'alto ed impositive, con riferimento alle prime il decreto in parola prevede innanzitutto campagne mirate sia specificamente alle scuole che, più ampiamente, alla cittadinanza complessivamente considerata. In parallelo, pertanto, non solo si dispone che entrambi i Ministeri della Salute e dell'Istruzione – per il futuro anno scolastico (2017/2018) – debbano coinvolgere sui temi della prevenzione sanitaria, in generale, e dei vaccini, in particolare, tanto il personale docente quanto quello discente e le associazioni dei genitori con interventi di formazione e di educazione⁴ ma, pure, che il solo dicastero della Salute (ai sensi della l. n. 150/2000, *Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*) avvii da subito «iniziative di

* Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina [stefano.agosta@unime.it].

** Testo – rielaborato ed aggiornato alla data del 10 luglio 2017 – di una relazione svolta all'incontro congiuntamente organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e dalla Scuola Superiore della Magistratura su *La recente disciplina in materia di prevenzione vaccinale. Opinioni a confronto e prospettive aperte* (Messina, 22 giugno 2017).

¹ «Herd immunity is based on the notion if the herd (a population of group) is mostly protected from a disease by immunity then the chance that a major epidemic will occur is limited»: così R.M. MERRILL, *Introduction to Epidemiology*, Burlington (Massachusetts), 2015, 22.

² Cfr. S. ROSSI, *Il decreto legge sui vaccini tra scienza e politica*, in laCostituzione.info (22 maggio 2017).

³ Così fece – a stare alla leggenda – Alessandro Magno innanzi al nodo con cui Gordio strinse il giogo al timone del carro da lui consacrato a Zeus. Secondo la profezia, chiunque fosse riuscito a scioglierlo sarebbe diventato imperatore d'Asia: giunto nell'omonima città di Gordio nel 334 A.C., dopo alcuni tentativi non andati a buon segno, il macedone sguainò infine la spada e con un fendente troncò di netto il nodo divenendo imperatore (in oggetto, L. IANNONE, *Jünger e Schmitt. Dialogo sulla modernità. La modernità vista da due grandi pensatori tedeschi*, Roma, 2009, 124 s.).

⁴ In tal senso, art. 2, comma 2, d.l. n. 73/2017.

comunicazione e informazione istituzionale per illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni di cui al presente decreto»⁵.

Com'è ovvio è però quello che – per mera comodità espositiva – si è denominato dall'alto l'intervento che ha suscitato le maggiori polemiche tra gli addetti ai lavori ed in non pochi strati della società civile, avendo difatti ampliato le vaccinazioni pediatriche obbligatorie⁶ dall'originario numero di quattro fino ad un massimo di dodici (a seconda della coorte di nascita di riferimento del bambino⁷) ricomprensive anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzae* tipo B, anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite ed anti-varicella⁸. Oltre alla disposta gratuità, due sono perciò le caratteristiche degli elencati vaccini⁹: 1) la specifica indicazione secondo la successione cronologica con cui vanno effettuate le vaccinazioni (c.d. Calendario Vaccinale Nazionale), costantemente aggiornata alla luce delle conoscenze scientifiche, della situazione epidemiologica delle diverse malattie (e della sua evoluzione) nonché delle esigenze organizzative e delle nuove preparazioni vaccinali messe a disposizione dall'industria e contenuta nel Piano Nazionale di Prevenzione Vaccinale 2017-2019¹⁰; 2) la (tendenzialmente) indiscriminata obbligatorietà per tutti i minori di età compresa tra zero e sedici anni¹¹ (e non già per gli operatori sanitari e scolastici che pure con questi ultimi dovranno comunque venire necessariamente in contatto).

Inutile dire che epicentro dell'intera normativa in esame è evidentemente il dovere di presentazione dell'idonea documentazione comprovante l'effettuazione dei vaccini di cui all'art. 1, comma 1, cit. da parte dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale (ovvero dei tutori) su obbligatoria richiesta del dirigente scolastico delle istituzioni del sistema nazionale di istruzione ovvero del responsabile dei servizi educativi per l'infanzia, dei centri di formazione professionale regionale e

⁵ Sul punto, art. 2, comma 1, d.l. n. 73 cit.: «sempre che non si tratti di una norma-manifesto destinata a restare lettera morta, e nella speranza che tali iniziative siano costruite in modo tale da contribuire realmente ad innalzare il livello del dibattito pubblico in questa delicata e complessa materia» (così, C. SALAZAR, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum. Vaccini obbligatori: questioni aperte*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2017, 36).

⁶ In oggetto, art. 1, comma 1, d.l. n. 73 cit.

⁷ Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Circolare recante prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante 'Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale'* (12 giugno 2017), spec. par. 2.1., al sito www.salute.gov.it.

⁸ Approvato nella XII Commissione del Senato (Igiene e Sanità) lo scorso 6 luglio, vi è da dire tuttavia che un emendamento all'A.S. n. 2856 stralcia adesso dalle originarie dodici l'anti-meningococcica B e C (riducendo a dieci le vaccinazioni previste) declassandole da obbligatorie a consigliate assieme ad anti-pneumococcica e anti-rotavirus: per questi ultimi quattro vaccini – pur non scattando le sanzioni in caso di inosservanza – le A.S.L. saranno comunque obbligate a fare promozione attiva. Sentito l'Istituto Superiore di Sanità, con cadenza semestrale il Ministero della Salute fornirà alle Regioni le «indicazioni operative per l'attuazione» affinché possano assicurare «l'offerta attiva e gratuita» delle quattro vaccinazioni consigliate (tenendo pure conto della verifica operata da una Commissione per il monitoraggio dell'attuazione del decreto su dati epidemiologici e coperture vaccinali raggiunte).

⁹ Così, art. 1, comma 1, d.l. n. 73 cit.

¹⁰ In tal senso, cfr. l'intesa raggiunta il 19 gennaio 2017 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante *Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017-2019* (ai sensi dell'art. 8, comma 6, l. n. 131/2003, *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*).

¹¹ A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, vengono così abrogati non solo l'art. 47 d.p.r. n. 1518/1967, *Regolamento per l'applicazione del titolo III del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 1961, n. 264, relativo ai servizi di medicina scolastica* ma, pure, gli artt. 3, comma 2, l. n. 51/1966, *Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica*, e 7, comma 2, l. n. 165/1991, *Obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B*. Per flessibilizzare la rigidità dell'iniziale obbligo, recentemente è stata peraltro disposta – sempre da parte della XII Commissione cit. – una verifica triennale dei dati epidemiologici e delle coperture vaccinali raggiunte col vaccino quadrivalente (morbillo, parotite, rosolia e varicella): con la conseguenza che, qualora la relativa copertura sia nel frattempo risalita dall'attuale 87,5% all'auspicabile soglia del 95% (idonea a garantire il c.d. effetto gregge), ascoltato il parere degli organismi tecnico-sanitari il Ministero della Salute – con decreto da adottare decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore della legge e successivamente con cadenza triennale – potrà eventualmente disporre la cessazione dell'obbligatorietà. Tale accertamento periodico al momento non è parimenti previsto invece per l'esavalente (difterite, tetano, pertosse, emofilo, polio ed epatite B).

delle scuole private non paritarie¹². Interessante sin da queste prime battute notare come tale previsione costituisca tuttavia *condicio sine qua non* legislativa di accesso ai soli servizi educativi e scuole dell'infanzia (*ivi* incluse quelle private non paritarie) e non anche degli altri gradi di istruzione (dove, quindi, la mancata vaccinazione non preclude né l'ammissione a scuola né, tantomeno, il sostenimento degli esami)¹³, instaurandosi così una sorta di *doppio binario* normativo.

Entro il previsto termine di scadenza per l'iscrizione scolastica del minore, il soggetto legittimato dovrà quindi provvedere alla materiale consegna dei documenti citati ovvero sostituirli con apposita dichiarazione *ex d.p.r. n. 445/2000, Testo unico sulla documentazione amministrativa* (per poi effettivamente presentarli, però, entro il 10 luglio di ciascun anno¹⁴). In alternativa, il presente testo sembra comunque accontentarsi della sola prenotazione per il vaccino all'A.S.L. territorialmente competente (cui toccherà effettuare le prescritte vaccinazioni entro la fine dell'anno scolastico, secondo la schedula vaccinale prevista in relazione all'età). Il decreto in epigrafe distingue, poi, a seconda che l'eventuale inadempimento ai disposti obblighi possa considerarsi giustificato per così dire *ex ante* o *ex post*: se cioè ricorrano, rispettivamente, un vero e proprio esonero od omissione ovvero differimento oppure, in alternativa, una forma di ravvedimento operoso.

Ex ante si prevede così che esoneri dal dovere della relativa vaccinazione l'avvenuta immunizzazione a seguito di malattia naturale, a patto che risulti ovviamente comprovata da notifica effettuata dal medico curante ai sensi dell'art. 1 dec. Min. Sanità, 15 dicembre 1990, oppure dagli esiti dell'analisi sierologica¹⁵. Di omissione o differimento si discorre, invece, nell'esclusivo «caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale o dal pediatra libera scelta»¹⁶: in questo ultimo caso, il bambino interessato verrebbe di norma inserito in classi esclusivamente composte da minori vaccinati o immunizzati¹⁷, entro il 31 ottobre di ogni anno i dirigenti scolastici cit. ed i responsabili dei centri di formazione professionale regionale e delle scuole private non paritarie dovendo in ogni caso comunicare all'A.S.L. in quali classi siano presenti più di due alunni non vaccinati¹⁸.

Ex post, ai genitori ed ai tutori negligenti – che a seguito di contestazione da parte dell'Azienda sanitaria locale territorialmente competente si siano successivamente ravveduti – l'articolato in commento comunque consente una sorta di pentimento operoso per scansare *in limine* eventuali sanzioni, ammettendo che possano provvedere a far somministrare al minore il vaccino (ovvero la prima dose del ciclo vaccinale): nel qual caso, le famiglie dovranno quindi concordare con l'A.S.L. che le ha contattate una finestra temporale entro cui rimediare alla suddetta inadempienza (alla duplice condizione del rispetto del termine indicato nell'atto di contestazione nonché dell'avvenuto completamento del ciclo previsto per ciascun vaccino obbligatorio nel rispetto delle tempistiche stabilite dalla schedula vaccinale in relazione all'età¹⁹).

Tutto ciò, naturalmente, a patto che il citato inadempimento non risulti invece ingiustificato (al di fuori, cioè, delle eccezioni normativamente previste) giacché – in tale indesiderabile frangente – prenderebbe ineluttabilmente avvio un inarrestabile *tam-tam* di denunce che, partendo dal dirigente scolastico, nel volgere di breve tempo prometterebbe di trascinare i soggetti ostinati sino alle soglie del Tribunale per i minori sempre passando attraverso l'Azienda sanitaria locale competente. Nel

¹² Sul punto, art. 3, comma 1, d.l. n. 73 cit.

¹³ In oggetto, art. 3, comma 3, d.l. n. 73 cit.

¹⁴ Cfr. art. 3, comma 1, d.l. n. 73 cit.: un apposito regime transitorio disposto per l'anno scolastico 2017/2018 prevede, invece, che la documentazione di cui all'articolo 3, comma 1, cit. debba essere presentata nel termine breve del 10 settembre 2017 (ovvero del 10 marzo 2018, nel caso della citata dichiarazione sostituiva).

¹⁵ Così, art. 1, comma 2, d.l. n. 73 cit.

¹⁶ In tal senso, art. 1, comma 3, d.l. n. 73 cit.

¹⁷ Sul punto, art. 4, comma 1, d.l. n. 73 cit.: resta ad ogni modo fermo il numero delle classi determinato secondo le disposizioni vigenti nonché i limiti *ex artt. 1, comma 201, l. n. 107/2015, Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*, e 19, comma 7, d.l. n. 98/2011 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 111/2011, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 recante disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*).

¹⁸ In oggetto, art. 4, comma 2, d.l. n. 73 cit.

¹⁹ Cfr. art. 1, comma 4, d.l. n. 73 cit.

termine breve di dieci giorni, difatti, la mancata presentazione della documentazione è segnalata dai menzionati dirigenti e responsabili alla suddetta A.S.L.: qualora la medesima – o altra azienda sanitaria – non si sia già attivata in ordine alla violazione dell'obbligo di vaccinarsi, è quindi quest'ultima che provvede agli «adempimenti di competenza»²⁰.

Eccettuata comunque «l'adozione da parte dell'autorità sanitaria di interventi di urgenza» ai sensi dell'art. 117, d.lgs. n. 112/1998, *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*²¹, l'A.S.L. accerta l'avvenuta inosservanza del dovere di vaccinazione e la contesta ai responsabili, assegnando loro un *dies a quo* entro cui, come si anticipava *supra*, provvedere. Spirato tale termine, essa non solo infligge ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale ed ai tutori una salata sanzione amministrativa pecuniaria (spaziante da cinquecento fino a settemilacinquecento euro a seconda della gravità dell'inadempimento, come ad esempio il numero di vaccini omessi²²) ma, pure, provvede «a segnalare l'inadempimento dell'obbligo vaccinale alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per gli eventuali adempimenti di competenza»²³: tra i quali ultimi espressamente non figura l'inizialmente ventilata misura della sospensione della potestà genitoriale ma non può certo *a priori* escludersi che essa possa essere eventualmente comminata (salvo poi vedere come in concreto tale sanzione possa essere materialmente applicata).

Non pochi, né scontati, sarebbero invero gli interrogativi che già sul piano del *merito* il presente decreto pare suscitare (e sui quali ci si ripromette di tornare in sede di eventuale conversione parlamentare): per una precisa scelta, nondimeno, si è in quest'occasione ritenuto di limitare l'attenzione ai profili relativi alla sola impostazione di metodo sin qui osservata.

2. Le disposizioni in materia di prevenzione vaccinale a confronto con l'art. 32, comma 2, Cost.

Sul piano metodico giova innanzitutto ricordare come, nell'ambito delle consuete attività di monitoraggio delle vaccinazioni incluse nel Piano Nazionale di Prevenzione cit., invero già a far data dal 2014 il Ministero della Salute pubblicava il *report* relativo alle coperture di vaccini – a ventiquattro mesi d'età – relative all'anno 2013 (coorte di nascita 2011) rilevando «una lieve flessione in quasi tutte le Regioni e Province autonome e per quasi tutte le malattie bersaglio»²⁴. Non dissimilmente pure il Comitato Nazionale di Bioetica – organismo, com'è noto, tradizionalmente incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e, perciò, ad essa fisiologicamente assai vicino – avvertiva l'esigenza di approvare una mozione sull'importanza delle vaccinazioni: evidenziando, in particolare, il «dato allarmante» del sensibile aumento dei casi di morbillo dovuto ad un'inopinata diminuzione della copertura vaccinale in tutto il mondo e, nello specifico, in Italia dove, già nel 2014, venivano «segnalati ben 1.686 casi, ovvero il numero più alto in Europa» (oltre ad una serie di «casi di meningite, alcuni mortali», verificatisi in talune Regioni italiane e subito drammaticamente balzati agli onori delle cronache)²⁵.

²⁰ Così, art. 3, comma 2, d.l. n. 73 cit.

²¹ In tal senso, art. 1, comma 6, d.l. n. 73 cit.

²² ... per l'accertamento, la contestazione e l'irrogazione della quale, lo stesso art. 1, comma 4, d.l. cit. prevede che si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. n. 689/1981, *Modifiche al sistema penale*. Versato ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato, il cinquanta per cento dell'importo delle sanzioni così acquisito – per gli anni 2017 e 2018 – sarà poi riassegnato a ciascuno degli stati di previsione del Ministero della Salute e dell'Istruzione, Università e Ricerca per i predetti fini di formazione del personale docente ed educazione di quello discendente sui temi della prevenzione sanitaria (sempre nella XII Commissione cit. è tuttavia da notare come il tetto massimo di tale sanzione sia stato ridotto dagli iniziali settemilacinquecento a tremilacinquecento euro).

²³ Sul punto, art. 1, comma 5, d.l. n. 73 cit.

²⁴ In oggetto, MINISTERO DELLA SALUTE, *Coperture vaccinali in età pediatrica (dati 2013)*, al sito www.salute.gov.it (28 agosto 2014).

²⁵ Cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Mozione. L'importanza delle vaccinazioni*, al sito <http://bioetica.governo.it> (24 aprile 2015).

Ora – pur tralasciando le innumerevoli notizie di stampa che ponevano drammaticamente l'accento sul graduale aggravarsi della situazione addirittura dal 2012²⁶ – pare insomma evidente come quasi un lustro fa già facessero istituzionalmente capolino (e fossero quindi ampiamente note...) le criticità che avrebbero condotto a quel complessivo abbassamento dell'immunità comunitaria, cui si faceva pocanzi riferimento, ed al conseguenziale timore di una possibile futura epidemia oggi così insistentemente invocato. Innanzi ad ampi strati sociali assai combattuti tra messaggi mediatici fra di loro non poco contraddittori e confusi, è quindi inevitabile che quello delle vaccinazioni sarebbe ben presto divenuto l'ennesimo tema divisivo in materie eticamente sensibili.

Premesso che da tempo è già stato sottolineato dalla più accorta dottrina come strumento privilegiato di normazione delle scelte esistenziali (tra le quali con un certo agio potrebbe invero rientrare pure quella di vaccinarsi oggi in discussione) è oltremodo opportuno che sia la fonte apicale dell'ordinamento per così dire in *tandem* con quella ordinaria²⁷, è plausibile ritenere che in campi talmente delicati misure fortemente repressive di rimbalzo provocano reazioni negative pure tra quanti siano favorevoli alla vaccinazione. Con la conseguenza che svolgere un'adeguata e documentata istruttoria²⁸ presso le competenti autorità medico-scientifiche nazionali ed internazionali circa le possibili reazioni avverse di un'esposizione vaccinale come quella infine introdotta²⁹ e poi avviare un dibattito pubblico sul punto che sia il più inclusivo, democratico e trasparente possibile – alla larga, perciò, da qualsivoglia censura od aprioristica limitazione³⁰ – nelle sedi opportune (quale, ad esempio, un'ampia conferenza nazionale aperta a tutte le opinioni in campo ed alle indicazioni eurounitarie³¹) avrebbe rappresentato la soluzione più ragionevole rispetto all'inevitabile *irruenza* di un decreto-legge (oltre probabilmente ad assicurare un maggior distacco emotivo dalle notizie di cronaca).

Quale manifestazione di una volontà discussa e prevedibilmente condivisa nel suo alveo istituzionale³², un progetto di legge avrebbe insomma astrattamente costituito l'*optimum*: sull'assunto «che obbligare al vaccino è meno efficace di convincere al vaccino»³³, una proposta magari non *rozzamente* votata all'imposizione di obblighi/divieti ma più *finemente* mirata ad informazione preventiva, raccomandazione, coinvolgimento, garanzie ed efficienza della rete dei vaccini (ad esempio, sulla falsariga della *Präventionsgesetz* tedesca del 2016, gravando le famiglie del solo obbligo di consultare un pediatra sulle vaccinazioni dei figli e disponendo il pagamento di una sanzione solo qualora tale dovere fosse disatteso³⁴).

Assodato che la buona copertura vaccinale media italiana (90%) normalmente impedisce che un caso sporadico possa negativamente influenzare il “gregge” già vaccinato³⁵, in luogo di uno *asfittico* e *semplificistico* di misure punitive più che consigliabile sarebbe stato puntare su un *ampio* ed *articolato* impianto (magari inizialmente sperimentabile solo in talune delle Regioni più colpite come ca-

²⁶ Così, fra i tanti, Vaccini. *Nel 2012 segnalate 2.555 reazioni avverse. Non gravi nell'86% dei casi*, in quotidiano-sanita.it (29 ottobre 2013).

²⁷ ... e, cioè, la legge costituzionale, per la definizione di un pugno di principi generali, con una legge ordinaria che segua a ruota per l'introduzione di regole che diano a quei principi corretta implementazione nell'esperienza: in tal senso, ad esempio, A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, a cura di M. Gensabella Furnari-A. Ruggeri, Torino, 2010, 307 ss.

²⁸ Sul punto, di recente, A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa (Milano, 9-10 giugno 2017), nella [rivista telematica](http://rivista.telematica.it) del Gruppo di Pisa spec. 35 ss. del *paper*.

²⁹ In oggetto, A. RUGGERI, A. SPADARO e G. MAESTRI, tutti in *Forum*, cit., rispettivamente, 26, 29 e 40.

³⁰ Cfr. R. BIANCHINI, *Vaccini obbligatori per decreto legge: scienza moderna e 'scienza di Stato'*, in [Altalex](http://altalex.it) (8 giugno 2017).

³¹ Così, REDAZIONE, *Vaccini, 'È delirio sanitario'. 'Un decreto incostituzionale e inaccettabile'*, in informasalus.it (22 maggio 2017).

³² In tal senso, L. RISICATO, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 24.

³³ Sul punto, I. CAVICCHI, *Decreto vaccini, un'operazione politica e antisociale*, in [il Fatto Quotidiano](http://ilFattoQuotidiano.it) (7 giugno 2017).

³⁴ In oggetto, G. SORRENTI, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 34.

³⁵ Cfr. I. CAVICCHI, *op. cit.*

si-pilota³⁶) spaziente dalla trasparenza dei controlli sulla composizione dei vaccini obbligatori alle indispensabili analisi pre-vaccinali³⁷; dalla necessità di formare personale quantitativamente e qualitativamente idoneo ad affrontare tale incombenza a quella di garantire una buona e capillare organizzazione dei servizi vaccinali (con orari aperti e non chiusi³⁸) nonché tempi ragionevoli e costi sostenibili per le famiglie³⁹; passando infine attraverso la valutazione medico-sanitaria di ciascun piccolo paziente nella sua individualità considerato nonché la correttezza dell'informazione sul rischio di reazioni avverse⁴⁰; senza peraltro dimenticare l'inserimento di mirate clausole di salvaguardia (in caso di rischio accertato di epidemie⁴¹), più approfondite verifiche post-vaccinali circa l'effettivo sviluppo di anticorpi specifici nei vaccinati e l'eventuale sostegno alle vittime di danni vaccinali⁴².

Nella profonda afasia che sembra aver afflitto il Parlamento nell'ultimo quinquennio, invero più di un Esecutivo si è avvicinato senza nondimeno aver avvertito l'emergenza del provvedere finché la gravità della situazione non ha indotto l'attuale Governo senza indugio ad intervenire: fisiologicamente spinto, per un verso, da una nuova valutazione dei requisiti straordinari di necessità ed urgenza (che possa rimediare all'ignavia del passato) e, per un altro, dall'esigenza di evitare danni più gravi di quelli già in atto⁴³. Inutile dire che la recente iniziativa governativa abbia immediatamente incassato, come si usa ormai coloritamente dire, l'*endorsement* da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità la quale – nella persona del suo direttore regionale per l'Europa – sin da subito ha «approva[to] le recenti iniziative italiane del Ministro Lorenzin», dichiarandosi pronta a sostenerla nel suo lavoro e felice «di conoscere il nuovo Piano vaccinale 2017-2019 che [ha] identifica[to] l'eradicazione del morbillo e della rosolia come un obiettivo politico del Paese»⁴⁴.

Detтата dall'emergenza, la forma della decretazione d'urgenza per sua natura esclude ogni possibilità di dialogo preventivo: è del resto l'irresistibile *violenza* del fatto emergenziale che, di regola, si trasmette – quasi osmoticamente – allo stesso potere appositamente generato per circoscriverla. Il problema che si è posto (e che anche in questo frangente continua a porsi) è quindi quello di stabilire fino a che punto suddetta *potestas* sia razionalizzabile, e conseguentemente metabolizzabile, dal modello costituzionale a motivo della sua strutturale duttilità e quando non rischi invece di oltrepassarlo ovvero di travolgerlo completamente: allorché si assista, cioè, ad un surrettizio svuotamento delle disposizioni costituzionali nell'esperienza. È dalla inesausta tensione tra *effettività* e *legittimità*, tra *essere* e *dover essere*, d'altro canto, che la questione dell'urgenza del provvedere ha fisiologicamente rigenerato se stessa in forme espressive sempre nuove e cangianti alla luce delle più recenti tendenze normative⁴⁵: il c.d. potere d'eccezione rappresentando «il dispositivo che deve, in ul-

³⁶ Così, G. DROGO, *Tutti i problemi del decreto sui vaccini obbligatori*, in [next quotidiano](#) (8 giugno 2017).

³⁷ In tal senso, M. MAGISTRONI, *Vaccini, il decreto sull'obbligo pubblicato in Gazzetta il 6 giugno*, in [WIRED.IT](#) (5 giugno 2017).

³⁸ Sul punto, I. CAVICCHI, *op. cit.*

³⁹ In oggetto, *Vaccini. De Biasi (Pd): "Decreto lunedì in commissione Sanità. Calo dovuto anche a carenza personale"*, in [quotidianosanita.it](#) (6 giugno 2017).

⁴⁰ Sempre nella XII Commissione del Senato cit. si è da ultimo previsto che spetterà ad una commissione tecnico-scientifica composta da esperti indipendenti (vale a dire privi di potenziali conflitti di interesse) il compito di monitorare il sistema di farmacovigilanza – e gli eventi avversi per i quali è stata confermata un'associazione con la vaccinazione – e comunicarne annualmente le risultanze al Ministero della Salute il quale, a sua volta, trasmetterà la propria relazione al Parlamento.

⁴¹ Cfr. *Vaccini: M5s, decreto irricevibile, no a coercizioni*, in [Sanità24](#) (7 giugno 2017).

⁴² Così, F. CAPOZZI-G. SCACCIAVILLANI, *Vaccini, Lorenzin: 'Decreto martedì': a Trento protesta contro l'obbligo: 'Ma non chiamateci no Vax'*, in [il Fatto Quotidiano](#) (2 giugno 2017).

⁴³ In tal senso, G. MAESTRI, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 39.

⁴⁴ Sul punto, REDAZIONE, *Direttrice Oms Europa, su obbligo vaccini bene Italia. Suzanna Jakab, sostegno a Lorenzin per le misure adottate*, in [ANSAit](#) (2 giugno 2017).

⁴⁵ «Dalla fusione di due fattori in origine contrapposti seppur 'funzionalmente connessi' – *auctoritas* e *potestas*, normativo il primo, anomico il secondo – sarebbe» del resto «sorta la dualità strutturale del sistema giuridico occidentale»: così, F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in [Rivista AIC](#) (30 aprile 2007).

tima istanza, articolare e tenere insieme i due aspetti della macchina giuridico-politica, istituendo una soglia di indecidibilità fra anomia e *nomos*, fra vita e diritto, fra *auctoritas* e *potestas*»⁴⁶.

Contrariamente a quanto possa *prima facie* apparire, il primo parametro costituzionale con cui è naturale che un decreto-legge che investa la materia dei trattamenti medico-sanitari introducendone di obbligatori debba innanzitutto confrontarsi non è l'art. 13, comma 2, Cost.⁴⁷. In quanto imposti con una forza che variamente implica una degradazione della personalità o comunque un'invasione nella sfera personale, la duplice garanzia della riserva assoluta di legge e di giurisdizione dalla Costituzione prevista riguarda, infatti, i soli trattamenti sanitari *coattivi* (come il prelievo ematico ovvero il ricovero forzoso del malato di mente). Tenuto invece conto che l'obbligo legislativo non è talmente rigoroso da sostanzialmente elidere «il filtro della volontà consapevole e non coercita del titolare della patria potestà»⁴⁸, i vaccini pediatrici obbligatori rientrerebbero perciò a pieno titolo tra i trattamenti sanitari *obbligatori*, intesi come il complesso delle «attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o curare le malattie»⁴⁹: l'eventuale disciplina dei quali sarebbe quindi gravata dal diverso parametro di cui all'art. 32, comma 2, Cost. della simultanea previsione dell'obbligo di «disposizione di legge» e del divieto di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

A parte l'ovvio ossequio preteso dall'essere umano nell'attuazione di qualunque terapia sanitaria, *a fortiori* se legislativamente imposta⁵⁰ – dal contenuto *minimo* del quale, ad ogni modo, sarebbero tendenzialmente sottratte quelle personali convinzioni dell'individuo non scientificamente fondate (mentre vi rientrerebbero tutte le rimanenti che orientano la persona nelle sue determinazioni etiche, religiose, culturali⁵¹) – ciò che qui maggiormente interessa riguarda evidentemente l'effettiva estensione della suddetta riserva di legge, essendo in primo luogo da essa che necessariamente passa l'opzione per l'ammissibilità/inammissibilità costituzionale dell'atto recentemente adottato.

3. (Segue): con l'art. 77 Cost. Il cosa ed il dove del provvedimento adottato

La questione della riserva *ex art. 32 cit.*, com'è noto, è tutt'altro che nuova eppure trae rinnovati vigore e linfa proprio dall'occasione in esame⁵². Di sufficientemente certo sembrerebbe intanto esserci che non si tratti innanzitutto di riserva di legge regionale bensì statale⁵³, essendo da tempo ampiamente consolidati in materia «il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica»⁵⁴. Mentre illegittimo sarebbe dunque quell'intervento regionale che si presenti «come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale» [specie se si riferisca «non già a terapie 'nuove' o sperimentali (...) bensì a pratiche conosciute e utilizzate da tempo

⁴⁶ In oggetto, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*. Homo sacer, II, 1, Torino, 2003, 110.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, F. MINNI-A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, spec. 3 ss.

⁴⁸ Così, S. ROSSI, *op. cit.* richiamando S. Panunzio, *cit.*, 894 s.

⁴⁹ In tal senso, per tutti, M. LUCIANI, voce *Salute*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 10.

⁵⁰ Sul punto, A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (29 giugno 2017).

⁵¹ In oggetto, *Corte cost. ord. n. 134/1988* cit. da P. FALZEA, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, *cit.*, 47 relativamente alla esclusione dal «rispetto della persona umana» del personale convincimento circa la inutilità/dannosità della vaccinazione antipoliomielitica giacché non confortato da sufficienti dati scientifici.

⁵² Cfr., di recente, A.A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (26 maggio 2017).

⁵³ Così, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, part. 458.

⁵⁴ In tal senso – a proposito del controverso *cocktail* di farmaci rientranti nel celebre “multitrattamento Di Bella” – part. *Corte cost. sent. n. 185/1998* (punto 9 *cons. dir.*).

ancorché oggetto di considerazioni non sempre omogenee fra gli specialisti»]⁵⁵ altrettanto non lo sarebbe la normativa regionale che si fondi – o pretenda di farlo – su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi nazionali competenti.

In materia, d'altro canto, il legislatore regionale (non solo non è rimasto a guardare ma, al contrario) si è mostrato assai attivo, al limite del parossismo legislativo, in numerosissimi ambiti⁵⁶: spaziando dai competenti organismi tecnico-scientifici (ricomprensivi non solo i comitati etici nella sperimentazione farmacologica ma pure le Commissioni regionali di bioetica nonché i Dipartimenti regionali di genetica⁵⁷) al consenso informato *sub specie* dei ricoveri ospedalieri⁵⁸ e della sperimentazione scientifica⁵⁹, senza peraltro tralasciare trapianti⁶⁰, aborto⁶¹, fecondazione artificiale⁶², stato vegetativo⁶³ e cure palliative per i morenti⁶⁴ e trattamenti sanitari *tout court*⁶⁵.

Non uguale certezza può invero nutrirsi sulla natura assoluta ovvero relativa⁶⁶ della riserva in commento (a seconda cioè se, come si sa, la Costituzione vieti o consenta l'ingresso di fonti diverse dalla legge formale sulla materia⁶⁷): mentre su quello della *legittimità* il nodo pare sia stato *per tabulas* evidentemente già sciolto, rispettivamente, dallo stesso Governo (che ha voluto il decreto) e dal Presidente della Repubblica (che l'ha successivamente firmato⁶⁸) nel senso della natura solo relativa – probabilmente anche perché il legislatore ha comunque fissato una disciplina sufficientemente determinata⁶⁹ – sul diverso piano dell'*opportunità* di una decretazione d'urgenza sul punto il dubbio non è che venga del tutto meno.

Stando così le cose una sana dose di *pragmatismo* costituzionale impone pertanto di confrontare tale intervento urgente non già col parametro dell'art. 32 cit. bensì con quello di cui all'art. 77, comma 2, Cost., *sub specie* della sussistenza dei prescritti «casi straordinari di necessità e d'urgenza». Che a tale ultimo proposito tendano da tempo ad interpretare la richiesta endiadi della necessità e dell'urgenza in modo assai soggettivo e disinvolto – fino a convertire ad ogni piè sospinto

⁵⁵ Sul punto, [Corte cost. sent. n. 282/2002](#) (punto 6 *cons. dir.*).

⁵⁶ Per le considerazioni che seguono, volendo, S. AGOSTA, *Voce Libertà della scienza*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli-L. Trucco, Torino, 2014, 476.

⁵⁷ Cfr., esemplificativamente, Il.rr. Toscana nn. 59/1978, *Studio del farmaco sull'uomo*, 37/1992, *Istituzione della commissione regionale di bioetica*, e 55/2010, *Disposizioni in materia di permanenza in carica degli organi di alcuni enti e organismi regionali*; l.r. Abruzzo n. 100/2000, *Istituzione della commissione regionale di bioetica*; l.r. Liguria n. 3/2001, *Norme per l'Istituzione e il funzionamento del Dipartimento regionale di genetica*; l.r. Friuli Venezia Giulia n. 11/2006, *Interventi regionali a sostegno della famiglia e della genitorialità*; l.r. Liguria n. 41/2006, *Riordino del sistema sanitario regionale*; Dec. Ass. Sicilia n. 2357/2011, *Istituzione del comitato regionale di bioetica*; l.r. Umbria n. 18/2012, *Ordinamento del servizio sanitario regionale*.

⁵⁸ Così, l.r. Toscana n. 40/2005, *Servizio sanitario regionale*; l.r. Liguria n. 7/2006, *Ricovero/cura*.

⁵⁹ In tal senso, già l.r. Piemonte n. 3/1987, *Sperimentazione farmacologica*.

⁶⁰ Sul punto, l.r. Liguria n. 54/1995, *Norme in materia di attività di prelievo e trapianto d'organo*.

⁶¹ In oggetto, D.d.l. Lazio 26 maggio 2010, *Riforma e riqualificazione dei consultori familiari*.

⁶² Cfr., *Delibera Giunta regionale Veneto n. 822/2011*.

⁶³ Così, *Delibera Giunta regionale Lombardia n. 2124/2011*.

⁶⁴ In tal senso, l.r. Veneto n. 7/2009, *Terapia del dolore*.

⁶⁵ Sopra i quali, *ex multis*, l.r. Marche n. 282/2001, *Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia*; l.r. Piemonte n. 14/2002, *Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia*; l.r. Molise n. 30/2002, *Tutela della salute mentale*; l.r. Veneto n. 3/2005, *Terapie complementari (es. pet therapy)*.

⁶⁶ In oggetto, V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 558 s.

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, almeno S. FOIS, *La «riserva di legge»*. *Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 146 ss.; R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1207 ss.; L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990.

⁶⁸ In oggetto, di recente, S. ROSSI-N. SCARPELLINI, *La tartaruga a vela. Funzioni ed evoluzione del decreto-legge nell'ordinamento costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (28 giugno 2017).

⁶⁹ Così, M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit.

il decreto-legge in una vera e propria iniziativa rinforzata⁷⁰ – gli Esecutivi non ne hanno certo mai fatto segreto⁷¹: nel caso in epigrafe, nondimeno, il Governo non ha difficile gioco nel ritenere sussistente non solo la necessità (ordinaria) di «garantire il rispetto degli obblighi assunti e delle strategie concordate a livello europeo e internazionale e degli obiettivi comuni fissati nell’area geografica europea» ma, soprattutto, quella (straordinaria) «di assicurare la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale»⁷². Del resto – pur non essendo per fortuna in atto né un’epidemia né, tantomeno, una pandemia – il fatto che sia comunque in corso un picco di una specifica patologia (nello specifico, di morbillo), pare obiettivamente indubitabile se sol si pensi che, solo nei primi cinque mesi del 2017 (gennaio-maggio), diciotto Regioni su venti hanno registrato un complessivo aumento fino a 2719 nuovi casi (il 91% dei quali nello specifico proveniente da Piemonte, Lazio, Lombardia, Toscana, Abruzzo, Veneto e Sicilia)⁷³.

Premesso che non è qui nemmeno lontanamente in discussione l’utilità *ex se* dei vaccini – i quali (oltre ad aver salvato nel corso dei decenni milioni di esseri umani) esibiscono ancora, e forse *a fortiori*, un rapporto rischio-beneficio di straordinaria rilevanza⁷⁴ – qualche succinta riflessione l’urgenza del provvedimento in discussione nondimeno la merita. Seppure difatti il suddetto picco sia ampiamente documentato, non altrettanto sembrerebbe potersi dire in relazione a tutte le sue effettive concause: e ritenere la sola esitazione c.d. vaccinale (*vaccine hesitancy*) l’unica ragione scatenante di esso – come evidentemente ritenuto invece dall’Esecutivo – se non fuorviante rischia di essere forse semplicistico, a fronte di un contesto altrimenti più articolato e complesso. A parte difatti la possibilità che tale innalzamento sia dovuto pure ad un cospicuo, quanto parimenti drammatico, aumento dei flussi migratori nel nostro paese – tanto che la stessa circolare ministeriale del giugno 2017 ha giustamente avvertito la necessità di imporre le nuove vaccinazioni anche ai minori stranieri non accompagnati⁷⁵ – non può d’altro canto escludersi che il vistoso calo della copertura italiana sia ascrivibile anche all’endemica carenza di professionisti sanitari nelle citate A.S.L.: la quale, com’è ovvio, prescinde dalla contingenza concreta e rende normalmente (e non eccezionalmente...) assai lunghi (e, perciò, disincentivanti) i tempi di attesa per le famiglie pure motivate alla somministrazione vaccinale.

Forte si farebbe insomma sentire, sulla materia *de qua*, non solo la mancanza di un’adeguata dotazione di medici specialisti ed infermieri che materialmente inoculino i vaccini ma anche, se non soprattutto, di tutto quel personale assolutamente necessario per organizzare sia i controlli che gli

⁷⁰ ... anche a motivo della persistente mancanza di procedimenti decisionali che garantiscano al Governo la sicurezza di ottenere la votazione parlamentare dei provvedimenti considerati fondamentali per il proprio programma politico entro una data certa: in tal senso, S. CURRERI, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 30.

⁷¹ Sul punto, *ex plurimis*, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1989, 112 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, in *Dir. soc.*, 1994, 217 ss.; P. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1997, 3007 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

⁷² In oggetto, art. 1, comma 1, d.l. n. 73 cit. Della necessità che la “motivazione” del decreto riporti – seppur sinteticamente – le rilevazioni statistiche ampiamente citate nella relazione illustrativa (anziché semplicemente accontentarsi di un generico riferimento alla straordinaria necessità ed urgenza...) discorre, ad esempio, C. SALAZAR, *op. cit.*, 36.

⁷³ «L’89% dei casi era non vaccinato e il 6% ha ricevuto solo una dose di vaccino. Il 35% ha avuto almeno una complicanza e il 40% è stato ricoverato. La maggior parte dei casi (73%) è stata segnalata in persone dai 15 anni in su; 163 casi avevano meno di un anno di età; 220 casi segnalati tra operatori sanitari»: cfr. REDAZIONE, *Lorenzin, il decreto vaccino è al Colle, arriva martedì*, in *ANSAit* (2 giugno 2017).

⁷⁴ Così, tra i tanti, C. SALAZAR-S. VELLA, *I vaccini, i diritti e la Costituzione*, in *Repubblica* (22 giugno 2017), 31.

⁷⁵ ... «vale a dire i minorenni non aventi cittadinanza italiana o dell’Unione Europea che si trovano per qualsiasi causa nel territorio dello Stato, privi di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per loro legalmente responsabili (cfr. articolo 2 della legge 17 aprile 2017, n. 47)» (così MINISTERO DELLA SALUTE, *Circolare*, cit.): anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, per costoro è quindi prevista l’iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Nazionale.

indispensabili richiami⁷⁶. Ma, pure a voler ambientare la questione in oggetto in una cornice semplificata – nella quale, cioè, l'esitazione cit. rappresenti la causa (se non *esclusiva* quantomeno) di gran lunga *prevalente* di tale preoccupante situazione epidemica – un breve supplemento d'indagine *de iure condito* (prima di passare ad un auspicio *de iure condendo* in chiusura del presente contributo) sembra comunque meritare il triplice profilo del *cosa*, *dove* e *quando* del provvedimento in parola: vale a dire con riferimento all'estensione del D.L., rispettivamente, sulle richiamate patologie, sul territorio nazionale nonché, infine, nel tempo.

Dal primo punto di vista (*cosa*), qualche perplessità potrebbe invero destarla la considerazione che per contrastare un picco circoscritto al solo morbillo la disciplina in commento abbia indiscriminatamente (e, perciò, linearmente) disposto l'obbligo vaccinale per altre malattie che obiettivamente non sembrano presentare *al momento* un quadro epidemiologico di pari necessità ed urgenza. Collocandosi la nostra tra le dieci nazioni al mondo con la mortalità infantile più bassa, è stato perciò ventilato il dubbio che aver obbligatoriamente imposto fino ad un massimo di ben dodici vaccini possa prestarsi più a logiche di strumentalizzazione politica che non di generalizzata emergenza sanitaria⁷⁷, ma non pare così: e ciò sia perché l'estensione del dovere di vaccinarsi alle altre patologie potrebbe mirare ad impedire altrettanti picchi, sia perché tale ampliamento potrebbe giustificarsi con la sinergia c.d. di somma (ovvero di potenziamento) operante tra le singole vaccinazioni⁷⁸.

Passando dal *cosa* al *dove* (cioè all'estensione territoriale), certo non può tralasciarsi che l'art. 117, d.lgs. n. 112 cit. già attualmente investe il Sindaco del compito di adottare (al fine di circoscrivere focolai infettivi scoppiati in aree territorialmente limitate) ordinanze contingibili ed urgenti in materia sanitaria⁷⁹: con la conseguenza che intanto la decretazione d'urgenza potrebbe dirsi correttamente attivata in quanto non solo dia adeguatamente conto nella propria epigrafe della situazione epidemica ritenuta causa scatenante l'intervento ma, pure, si metta in moto solo quando quest'ultima sia realmente divenuta generalizzata sul territorio⁸⁰. A parte la dubbia compatibilità di tali provvedimenti con la riserva dell'art. 32, comma 2, cit.⁸¹, francamente non irragionevole appare aver assunto un «sensibile calo» dei vaccini a condizione giustificativa del presente decreto senza che siano stati anche accertati focolai infettivi nell'immediato estesi all'intero territorio nazionale⁸².

4. (Segue): *il quando. Le questioni eticamente divisive e l'auspicio di una futura inversione del metodo di azione (da coercitivo/oppositivo a persuasivo/conciliativo)*

Oltre i menzionati profili del *come* e del *dove*, non può che comunque essere sul cruciale piano del *quando* che si giochi la ragionevolezza del provvedimento che qui si annota. Qualora dovesse difatti dimostrarsi l'inconsistenza di un'emergenza sanitaria attuale – ovvero che non sussistano argomenti a sostegno della tesi che il normale *timing* di approvazione della legge ordinaria avrebbe

⁷⁶ In tal senso, Vaccini. De Biasi (Pd), cit. A tal proposito, è stato recentemente approvato in Commissione Igiene e Sanità cit. un emendamento che consente al medico – anche avvalendosi della collaborazione di infermieri o assistenti sanitari – di somministrare, con modalità stabilite con un decreto ministeriale, il vaccino direttamente in farmacia (in spazi idonei sotto il profilo igienico-sanitario): previo rilascio della certificazione gratuita relativa all'avvenuta vaccinazione, toccherà poi a quest'ultima inviarne notizia alla A.S.L. competente ai fini dell'aggiornamento del libretto dei vaccini.

⁷⁷ Sul punto, Vaccini obbligatori, genitori in rivolta: “Epidemia morbillo strumentale”, in [Il Tempo.it](#) (19 maggio 2017).

⁷⁸ ... il cui effetto sarebbe, appunto, la “somma” delle somministrazioni vaccinali singolarmente assunte ovvero il “potenziamento” – allorché, cioè, l'effetto ottenuto è maggiore della mera sommatoria di effetti dei vaccini presi singolarmente – a seconda se esse agiscano su recettori uguali o diversi.

⁷⁹ In oggetto, sia consentito rinviare a S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia-E. Lamarque-P. Tanzarella, Torino, 2011, 197 ss.

⁸⁰ In oggetto, F.G. PIZZETTI, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 20.

⁸¹ Cfr., A. RUGGERI, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 25.

⁸² Così, C. SALAZAR e, non dissimilmente, G. MAESTRI, entrambi in *Forum*, cit., rispettivamente, 36 e 39.

seriamente aggravato le condizioni di rischio – non difficile sarebbe corrispondentemente provare che l’impiego per così dire “preventivo” del d.l. in tale occasione si sia convertito in un (assai comodo...) alibi per spogliare le Camere del loro istituzionale compito di approvare, all’esito di un dibattito pubblico previamente ed adeguatamente informato come quello cui *supra* si accennava, una disciplina ragionevolmente condivisa e bilanciata⁸³.

Più che ovviamente *prove* certe, ad essere onesti taluni *indizi* contro l’attualità dell’emergenza potrebbero rinvenirsi già sul piano concreto⁸⁴: a partire dalla formale ammissione da parte dello stesso Presidente del Consiglio dei Ministri – espressa durante la conferenza stampa immediatamente successiva alla riunione dell’Esecutivo⁸⁵ – che «non si tratta di uno stato di emergenza ma (...) di una preoccupazione alla quale il Governo intende rispondere»⁸⁶; per passare poi all’assai singolare lasso di tempo (quasi tre settimane) intercorso tra la deliberazione del provvedimento da parte del Consiglio dei Ministri (19 maggio) e la sua pubblicazione (7 giugno)⁸⁷. Tutto ciò senza considerare, infine, l’incongruità dei tempi di effettiva entrata a regime della presente normativa (richiedente persino l’emanazione della circolare ministeriale cit.) con la straordinaria necessità ed urgenza che dovrebbe invece connotarla.

Il dubbio che tale *modus operandi* governativo abbia così fatto velo ad un *quid* di diverso dal legittimo e spassionato interesse alla protezione della salute collettiva è quindi stato avanzato da parte di molti. Così, se *in bonam partem* si è ritenuto quello che ha animato l’Esecutivo una sorta di sacro fuoco igienistico e tecnocratico – più tipico di un Ministero degli Interni ispirato dall’ordine pubblico che non di un dicastero della Salute preoccupato della condizione epidemiologica generale⁸⁸ – non poche sono state le illazioni che *in malam partem*, dietro la tanto sbandierata urgenza del provvedere proprio *adesso*, hanno piuttosto intravisto prosaiche *regolarità* politiche che poco, o niente, hanno tuttavia a che spartire con le *regole* della Costituzione (e, men che mai, con la tutela della salute pubblica⁸⁹): non solo quindi in termini di remunerazione elettorale a legislazione quasi scaduta ma, pure, di mero pretesto per sterilizzare un dibattito democratico sul punto ed introdurre draconiane disposizioni che, in altre congiunture, ben poche speranze di essere introdotte nel nostro ordinamento avrebbero in effetti avuto (nonché di non meglio precisati conflitti di interesse con l’industria farmaceutica).

Mentre di quest’ultima congettura non sembrerebbe allo stato emergere alcuna tangibile prova, le prime due supposizioni potrebbero invece essere agevolmente rovesciate su se stesse: ad esempio ritenendo che proprio l’imminente scadenza elettorale ed il troppo tempo prevedibilmente necessario per approvare in Parlamento un testo potenzialmente assai controverso⁹⁰ – unitamente al non lontano avvio del prossimo anno scolastico⁹¹ – potrebbero militare proprio a favore della necessità ed urgenza del presente intervento normativo. Per niente circoscritta, né troppo mite, può comunque definirsi la reazione critica prepotentemente levatasi all’indomani del provvedimento in discussione.

⁸³ In tal senso, G. SORRENTI, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 33.

⁸⁴ Sul punto, A. AMATO, *Decreto-legge vaccini: tra urgenza di annunciare ed “evidente” ritardo nel provvedere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (21 giugno 2017).

⁸⁵ In oggetto, Riunione n. 30 (19 maggio 2017) al sito www.governo.it.

⁸⁶ ... una mera “preoccupazione” in luogo di una vera e pressante necessità ed urgenza evidentemente non potendo autorizzare l’emanazione di un provvedimento straordinario su una materia eticamente assai divisiva come quella dei T.S.O.: cfr., A.A. NEGRONI, *op. ult. cit.*

⁸⁷ «Notevole», secondo A. MORELLI, *Introduzione*, in *Forum*, cit., 15, «se si considera che, in base a quanto previsto dall’art. 77 Cost., il decreto-legge può essere adottato in ‘casi straordinari di necessità e d’urgenza’».

⁸⁸ ... in ragione della quale «non esistono le persone con le loro legittime complessità e le loro culture ma solo milioni di banali e indifferenziati macro-organismi, tutti indistintamente potenziali portatori di micro-organismi da sopprimere il più tempestivamente possibile»: così, I. CAVICCHI, *op. cit.*

⁸⁹ Della crescente divaricazione tra *regole costituzionali* e *regolarità* della politica da tempo discorre part. A. RUGGERI (ancora di recente nei suoi *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli, 2012 e *Quali insegnamenti per la riforma costituzionale dagli sviluppi della vicenda regionale?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014).

⁹⁰ In tal senso, A. MORELLI e G. MAESTRI, entrambi in *Forum* cit., 15 e 39.

⁹¹ Sul punto, L. D’ANDREA, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 49.

Dall'accurato richiamo rivolto al Parlamento di metter al più presto mano al decreto (il cui esame sta proprio in questi giorni ultimandosi a Palazzo Madama) in sede di conversione⁹² alla (neanche poi tanto velata) minaccia – dopo quello *riproduttivo* ed *eutanastico* cui si è purtroppo assistito negli ultimi tempi – di dare avvio ad una sorta di turismo, per così dire, *vaccinale* da parte di quanti, residenti in Regioni italiane di confine, già prospetterebbero mirati trasferimenti all'estero per scansare la briglia delle nuove vaccinazioni pediatriche⁹³ (in tal senso, ad esempio, non poche famiglie altoatesine verso la vicina Austria⁹⁴) così come pure di non segnalare i non vaccinati (ad opera di taluni dirigenti scolastici⁹⁵), è stato insomma un fitto scrosciare di polemiche.

Nel mezzo degli estremi appena prospettati, è poi gravitata la vera e propria ribellione politica e civile, spaziante dalle perplessità sin da subito espresse da talune realtà regionali (part. Veneto) – che paventavano l'insurrezione delle famiglie e la fuga dalla buona prassi dei vaccini quando invece la vera prevenzione avrebbe dovuto innanzitutto prendere le mosse dall'ascolto e dalla correttezza/capillarità dell'informazione⁹⁶ – e provinciali (si pensi alla mozione, firmata dal consigliere A. Pöder di BürgerUnion e dall'Assessore alla Sanità M. Stocker, approvata all'unanimità dal Consiglio della Provincia autonoma di Bolzano e richiedente «lo stralcio delle misure coercitive previste dal decreto sui vaccini e una campagna di sensibilizzazione ampia ed equilibrata»⁹⁷) alla prospettazione di imminenti questioni di legittimità costituzionale sia in via d'azione che di eccezione⁹⁸; per infine arrivare sino all'imponente manifestazione nazionale per la libertà di scelta vaccinale recentemente svoltasi nella capitale ed all'installazione di un presidio permanente proprio sotto la sede del Ministero della Salute⁹⁹.

Venendo all'aspetto teorico, pure i più avvertiti tra quanti hanno convintamente patrocinato la tesi della sussistenza dei presupposti richiesti dalla Costituzione non hanno potuto fare a meno tuttavia di rilevare come l'assiomatica necessità ed urgenza di tali ipotesi rischi di finire per... provare troppo: potendosi, in altre parole, prestare nei suoi ultimi esiti ad assai comode strumentalizzazioni assumere che ogni intervento in campo sanitario debba, per ciò solo, qualificarsi urgente e, come tale, giustificare il ricorso al decreto-legge¹⁰⁰. Bisogna peraltro ammettere che il giudizio prognostico che l'Esecutivo ha evidentemente svolto – dando, cioè, per scontato che l'epidemia, o peggio pandemia, già *in nuce* possedesse comunque un elevato tasso di *probabile* verificaione – non poteva fisiologicamente sottrarsi al *deficit* tipico di ogni prognosi di questo tipo: vale a dire la possibilità che quanto *pro futuro* prefigurato *oggi* non accada poi *domani*, nonostante il D.L. possa a quel punto avere potenzialmente già determinato effetti irreversibili a carico dei piccoli pazienti (quali, ad esempio, un eventuale “sovraccarico” vaccinale).

Alla letterale (o, persino, *letteralistica*¹⁰¹) interpretazione del dettato costituzionale che precluderebbe il ricorso alla decretazione d'urgenza in assenza di gravi e diffusive emergenze epidemiologi-

⁹² In oggetto, T. MACKINSON, *Decreto vaccini, Moige su sospensione della patria potestà: 'Delirio sanitario, si mettono contro 16 milioni di famiglie'*, in [il Fatto Quotidiano](#) (19 maggio 2017).

⁹³ Cfr., F. CAPOZZI-G. SCACCIAVILLANI, *op. cit.*

⁹⁴ ... le quali – invocando un diritto di asilo non limitato solo a quanti cerchino rifugio da un conflitto bellico ma a tutti coloro che si vedano privati dei più elementari diritti umani – avrebbero già scritto ai Presidenti, rispettivamente, italiano Mattarella ed austriaco Van der Bellen (oltre che allo stesso Consiglio ONU per i diritti umani a Ginevra): così, *Contro l'obbligo di vaccinazione 130 famiglie altoatesine chiederanno asilo in Austria*, in [La Stampa](#) (9 giugno 2017).

⁹⁵ In tal senso, *Decreto vaccini: la ribellione di presidi e Regioni*, in [Terra Nuova.it](#) (10 giugno 2017).

⁹⁶ Sul punto, *Vaccini: Presidente Veneto, 'no alla coercizione – ai timori dei genitori non si risponde con multe e segnalazioni in Procura – in Veneto, anche senza obbligo, coperture al 92 per cento' – la Regione si prepara ad applicare il decreto*, al sito [www.regione.veneto.it](#) (8 giugno 2017).

⁹⁷ Secondo i dati recentemente pubblicati dal Ministero della Salute, nondimeno, l'Alto Adige risulta il fanalino di coda italiano per ciò che concerne la copertura vaccinale (part. epatite B, tetano e morbillo a Bolzano): così, D. FIORI, *Vaccini, Alto Adige approva mozione contro le 'misure coercitive' previste dal decreto del governo*, in [il Fatto Quotidiano](#) (8 giugno 2017).

⁹⁸ In oggetto, G. MAESTRI, *op. cit.*, 40.

⁹⁹ Cfr., REDAZIONE, *Cortei in varie città contro il decreto per l'obbligo vaccini*, in [ANSait](#) (3 giugno 2017).

¹⁰⁰ Così, A. RUGGERI, *Risposta a tre quesiti*, cit., 25.

¹⁰¹ In tal senso, A. SPADARO, *Risposta a tre quesiti*, in *Forum*, cit., 28.

che può, tuttavia, opporsene una sostanziale (o sostanzialistica) per la quale – pur non dandosi *al momento* una situazione di emergenza nazionale – ad ogni modo è proprio grazie all’adozione del decreto in oggetto che è stato possibile prevenire il ricorrere dell’emergenza¹⁰²: avendo l’Esecutivo insomma optato per lo strumento del provvedimento urgente per... prevenire l’urgenza¹⁰³. Data la sua formalità (e, perciò, astrattezza) una valutazione dei presupposti di necessità ed urgenza di tipo *standard* basata sulla mancata constatazione *in atto* di un’epidemia – trascurando comunque il fatto che possano già al presente ravvisarsi le condizioni affinché quest’ultima ragionevolmente si verifichi nel prossimo futuro (a motivo della dilagante disinformazione sul punto e della crescente mole di piccoli malati¹⁰⁴) – finirebbe in sostanza per peccare di *frettolosità* quando non, e peggio, di *superficialità*¹⁰⁵; senza contare che la stessa Corte costituzionale ben difficilmente assumerebbe sopra di sé la responsabilità morale, ancor prima che giuridica, di rimuovere simile atto necessario ed urgente sotto questo esclusivo profilo¹⁰⁶.

Lungi perciò dall’essere censurabile per evidente mancanza dei presupposti costituzionali¹⁰⁷, tale intervento appare casomai pienamente rispondente al modello costituzionale¹⁰⁸ innanzi a consapevoli inadempimenti all’obbligo vaccinale più espressivi di una pretesa obiezione di coscienza che non frutto di mera casualità ed improvvisazione¹⁰⁹. A muovere poi anche solo dalla probabilità che la campagna di vaccinazioni in discussione possa salvare pure una sola vita umana – e, comunque, arginare il rischio di epidemie potenzialmente nocive per la salute pubblica – ecco che una tempestiva azione ad opera degli organi di indirizzo politico (Governo e Parlamento) prima ancora che opportuna si rivelerebbe persino doverosa¹¹⁰. Sempre in questa prospettiva, è in particolare sull’Esecutivo che incomberebbe l’onere di intervenire più pressante, ricorrendo appunto allo strumento che la Costituzione espressamente considera privilegiato in questi frangenti: tanto più che l’attuale bicameralismo perfetto italiano – infine non modificato a seguito della bocciatura referendaria dello scorso inverno – dal punto di vista *strutturale* coinvolgendo assemblee pletoriche di quasi un migliaio tra deputati e senatori e da quello *procedimentale* prevedendo percorsi di approvazione inutilmente ridondanti, non sembrerebbe consentire allo stato un’iniziativa altrettanto tempestiva¹¹¹.

In attesa dell’eventuale conversione della disciplina in parola (e, invero, pure a prescindere da essa...) un auspicio *de iure condendo*, all’esito delle presenti considerazioni, vale comunque la pena di farlo: che cioè, una volta passata l’emergenza, il legislatore abbracci finalmente un metodo persuasivo di azione (che la stessa delicatezza della materia peraltro imporrebbe) – sperimentando una strategia formativa ed informativa nuova – anziché cedere alla facile tentazione di adottarne uno coercitivo ed oppositivo (*oggi* preferito per provare ad invertire il preoccupante *trend* ma *domani* significativo solo di un ritorno al passato¹¹²). Emblematico, in tal senso, che ad esacerbare i già esasperati animi non solo si siano inasprite le sanzioni – portandole ad un livello perfino superiore a quelle riservate a quanti vendano alcolici o tabacchi ai minori¹¹³ – ma pure, se non soprattutto, che si sia agitato lo spettro della segnalazione al Tribunale per i minori dei genitori inadempienti rispetto al calendario delle vaccinazioni allo scopo di imporre provvedimenti che potessero persino giungere alla sospensione della potestà genitoriale.

¹⁰² Sul punto, A. RUGGERI, *Risposta a tre quesiti*, cit., 25.

¹⁰³ In oggetto, L. RISICATO, *op. cit.*, 24.

¹⁰⁴ Cfr. *Il decreto che istituisce l’obbligo dei vaccini sul tavolo di Mattarella. Cresce l’epidemia di morbillo*, in [La Stampa](#) (2 giugno 2017).

¹⁰⁵ Così, A. SPADARO, *op. cit.*, in *Forum*, cit., 28.

¹⁰⁶ In tal senso, A. RUGGERI, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁰⁷ Sul punto, L. D’ANDREA, *op. cit.*, 49 (in oggetto, *ex multis*, v. Corte cost. [sentt. nn. 29 e 161/1995](#)).

¹⁰⁸ ... pure a seguito di conversione in legge (così [sentt. nn. 171/2007 e 128/2008](#)).

¹⁰⁹ In oggetto, S. CURRERI e P. FALZEA, entrambi in *Forum* cit., rispettivamente, 30 e 46.

¹¹⁰ Cfr., A. RUGGERI, *Risposta a tre quesiti*, cit., 26.

¹¹¹ Così, A. SPADARO, *op. cit.*, 28.

¹¹² In tal senso, G. DROGO, *op. cit.*

¹¹³ Sul punto, T. MACKINSON, *op. cit.*

Una sanzione, quest'ultima, che per punire le famiglie negligenti nondimeno rischiava di finire per mettersi inutilmente *contro* molteplici soggetti: innanzitutto, *contro* il minore, il soggetto più vulnerabile tra quelli coinvolti eppure paradossalmente esposto al rischio di «un danno devastante per la sua equilibrata crescita» a motivo dell'eventuale, seppur non definitiva, sottrazione «all'ambiente familiare nel quale è amorevolmente accudito»¹¹⁴; in secondo luogo, *contro* la stessa magistratura che tale spropositata misura sarebbe stata chiamata ad applicare; in terza battuta, *contro* quella parte del mondo politico che – pur ritenendo quello di vaccinarsi «un obbligo sociale» – considera tuttavia la brutale imposizione «una disfatta della politica che non riesce più a convincere la gente»¹¹⁵.

Seppure bisogna ammettere che, nel presente come in numerosi altri ambiti, in Italia forte si avverta ancora l'assenza di un'etica pubblica sufficientemente matura e diffusa da consentirle di aggirare alla pari con gli altri paesi limitrofi (dove il singolo normalmente acconsente a farsi carico pure della responsabilità della tutela collettiva) – ed anzi «complessivamente sfilacciata e smarrita, carente nelle sue più salienti manifestazioni, in primo luogo in seno al corpo sociale e di poi (e solo di riflesso) a livello di apparato governante»¹¹⁶ – di gran lunga preferibile rimane insomma il sentiero dell'ascolto, del confronto e dell'accompagnamento (in nome dell'emergenza in tale frangente nemmeno intrapreso): nella prospettiva interna, ad esempio sforzandosi di illustrare preventivamente l'importanza di capillari politiche vaccinali ed istituire un preliminare tavolo di confronto innanzitutto con le associazioni rappresentative delle centinaia di famiglie che hanno solo invocato di assumere scelte consapevoli per la salute dei propri figli¹¹⁷; in quella esterna, valorizzando invece le diverse indicazioni metodiche provenienti dalla dimensione, rispettivamente, comparata¹¹⁸ ed euronitaria (dove, quasi a tappeto, organismi sanitari e decisori politici, nel rispetto delle reciproche competenze, assumono su di sé il gravoso onere della tutela della salute pubblica privilegiando la prevenzione e la raccomandazione¹¹⁹).

Su una materia drammaticamente richiedente per dir così la *delicatezza* del bisturi chirurgico, l'augurio è in conclusione che il legislatore chiamato a disciplinarla non cada vittima di quella sorta di coazione a ripetere (se non persino ad aggravare...) sempre lo stesso errore di metodo di intervenire col *furore* dell'accetta da boscaiolo: memore dei guasti che tale atteggiamento ha macroscopicamente provocato ancora nel recente passato¹²⁰, non facendo per l'ennesima volta prevalere insomma sulla raffinatezza del *brain* solo la prestanta muscolare del *brawn*¹²¹.

¹¹⁴ In oggetto, A. RUGGERI, *op. et loc. ult. cit.*

¹¹⁵ Cfr., D. FIORI, *op. cit.*

¹¹⁶ Così, tra i molti suoi contributi sul tema, A. RUGGERI, *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*, in AA.VV., *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Torino, 2015, 831.

¹¹⁷ In tal senso, F. CAPOZZI-G. SCACCIAVILLANI, *op. cit.*

¹¹⁸ Sul punto, G. SORRENTI, *op. cit.*, 34.

¹¹⁹ In oggetto, *Vaccini obbligatori, genitori in rivolta*, cit.

¹²⁰ Simbolico, in questo senso, il caso della vituperata l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita: cfr., se si vuole, S. AGOSTA, *La disaffezione alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta-G. D'Amico-L. D'Andrea, Napoli, 2017, 193 ss.

¹²¹ Così, E. GOLDBERG, *The Executive Brain: Frontal Lobes and the Civilized Mind*, Oxford, 2002, 200.

Roberto Perrone*

Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e «conformazione ai valori del mondo occidentale» (nota a [Cass. pen., Sez. I, sent. 15 maggio 2017, n. 24084](#))

SOMMARIO: 1. *Il caso.* – 2. *I precedenti.* – 3.1. *Aspetti critici dell'apparato argomentativo della sentenza: i «valori del mondo occidentale»* – 3.2. (segue) *La vera ratio decidendi e il bilanciamento degli interessi (non dei valori) costituzionali* – 4. *Considerazioni conclusive.*

1. *Il caso*

La [sentenza](#) in commento¹ trova origine nella condanna inflitta in primo grado dal Tribunale di Mantova ad un soggetto appartenente alla religione Sikh, trovato a circolare con un coltello alla cintura, in violazione dell'art. 4, comma 2, l. 18 aprile 1975, n. 110, che punisce con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda colui che «senza giustificato motivo» porta fuori della propria abitazione o delle sue appartenenze una serie di oggetti pericolosi, tra cui «bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona...». Si precisava che l'arma in questione, lunga 18,5 cm, era idonea all'offesa in ragione delle sue caratteristiche (non si trattava, cioè, di coltello finto o senza filo).

L'imputato si difendeva affermando di appartenere alla religione indiana Sikh e sosteneva che il coltello in questione, che prende il nome di *kirpan*, sarebbe simbolo religioso, ed il suo porto rappresenterebbe adempimento di un dovere religioso. A sua difesa invocava dunque l'esercizio del diritto di libertà religiosa, che – è lecito presumere – dovrebbe fungere, secondo la tesi dell'imputato, da scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p.²

* *Assegnista di ricerca di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi dell'Insubria.*

¹ Sulla quale si vedano A.M. NICO, *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2017; e A. RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale (a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017)*, in questa *Rivista*, *Studi 2017/II*, 310 ss.; nonché i commenti 'a caldo' di M. INTROVIGNE, *Portare un coltello sempre con sé, il "kirpan" è obbligatorio per i fedeli sikh, ma la Cassazione lo ha vietato. È un caso di violazione della libertà religiosa?*, in *Il sussidiario.net*, 16 maggio 2017; R. BIN, *Il problema non è il kirpan ma la stampa*, in *LaCostituzione.info*, 16 maggio 2017; A. MORELLI, *Il pugnale dei Sikh e il grande equivoco dei "valori occidentali"*, in *LaCostituzione.info*, 17 maggio 2017; e ID., *Cassazione: è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»*, in *MessinOrdine*, 18 maggio 2017; A. GUSMAI, *«Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017*, in *Dirittifondamentali.it*, maggio 2017; G. POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montreal*, in *LaCostituzione.info*, 19 maggio 2017; G. MACRÌ, *Cosa minaccia la società pluralista? C'è ben altro oltre il kirpan*, in *LaCostituzione.info*, 20 maggio 2017; A. LICASTRO, *La questione del kirpan tra esigenze di tutela e suggestioni «assimilazionistiche»*, in *MessinOrdine*, 23 maggio 2017.

² La difesa dell'imputato permette di ricondurre il caso in questione alla tematica dei c.d. reati culturalmente motivati, intendendosi con tale espressione «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o addirittura è incoraggiato o imposto»: così F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, 41 s.. La dottrina sul tema è copiosa: a livello monografico si vedano, oltre all'opera di F. Basile testè citata, A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010; F. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, Jura, 2010; F. PARISI, *Cultura dell'"altro" e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010. Sulla tematica di recente vedi anche l'ampia riflessione di C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 404 ss.

Il giudice di merito aveva disatteso la costruzione della difesa, sostenendo che le usanze religiose rappresenterebbero «mera consuetudine della cultura di appartenenza» e non potrebbero avere alcun effetto abrogativo nei confronti di una norma penale dettata ai fini di tutela della sicurezza pubblica.

Contro la sentenza di primo grado l'imputato ricorre al Giudice di legittimità, ma la Corte di Cassazione, pur all'esito di un percorso argomentativo in parte differente da quello del Giudice di prime cure, conferma la pronuncia di merito, rigettando il ricorso dell'imputato e condannandolo alle spese di giudizio.

2. I precedenti

La [pronuncia](#) in esame si pone sul solco tracciato da due recenti sentenze della stessa Cassazione sulla questione del porto in pubblico del pugnale *kirpan* da parte degli appartenenti alla religione Sikh³, con le quali il Giudice di legittimità era intervenuto a smentire un orientamento della giurisprudenza di merito favorevole a considerare il comportamento in parola in qualche modo scriminato⁴, seppur con percorsi argomentativi in parte differenti⁵. Nelle menzionate pronunce, rese a poca distanza l'una dall'altra, il Giudice di legittimità aveva ritenuto invece prevalenti le esigenze di tutela della «sicurezza pubblica» e della «pacifica convivenza» sulla libertà religiosa dei singoli⁶, così rifiutando di ravvisare nella motivazione religiosa un «giustificato motivo» che consentisse di superare l'incriminazione *ex art. 4 l. 110/1975* o di ritenere comunque integrata la scriminante dell'esercizio del diritto.

Le decisioni della Cassazione, come del resto quella odierna, non possono stupire più di tanto: è ormai un dato acquisito la ritrosia del Giudice di legittimità a considerare giustificati comportamenti penalmente rilevanti ma tenuti da soggetti provenienti da diversi contesti culturali in base a convinzioni etico-religiose proprie del contesto sociale di provenienza⁷. Specie in tema di delitti

³ Si tratta di Cass. pen., Sez. I, sent. 1 marzo 2016, n. 24739, e Cass. pen., Sez. I, sent. 24 febbraio 2016, n. 25163, entrambe commentate da A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2017, e riportate per esteso in calce al commento a 26 ss.

⁴ Sul punto Trib. Cremona, sent. 13 gennaio 2009, n. 15, in *Foro it.*, II, 2009, c. 224 ss., con nota di G. GIORGIO, *Nota a Trib. Cremona, sent. 13 gennaio 2009*, ivi, c. 228 ss.; nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 957 ss., con commento di A. PROVERA, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, ivi, 964 ss.; e G.I.P. Vicenza, decr. 28 gennaio 2009, in *Corr. merito*, 2009, 536 s., con nota di G. LA GATTA, *Nota a Trib. Vicenza, decr. 28 gennaio 2009*, ivi, 537. Nella citata sentenza del Tribunale di Cremona si menziona anche il decreto di convalida emesso da Procura della Repubblica di Modena, decr. 9 agosto 2003, inedito. Sulle pronunce in questione si vedano S. CARMIGNANI CARIDI, *Ostentazione di simboli religiosi e porto di armi e oggetti atti ad offendere. Il problema del kirpan dei fedeli Sikh*, in *Dir. eccl.*, 2009, 739 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 240 ss. e 380; F. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 173 ss. Deve comunque rilevarsi che l'orientamento in questione non era pacifico nemmeno tra i giudici di merito: v. infatti in senso contrario Trib. Latina, sent. 29 gennaio 2010, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010, 1038 (s.m.), con nota di rinvio di N. MARCHEI, ivi, 1039; nonché G.U.P. Mantova, ord. 10 dicembre 2014.

⁵ Se in un caso, infatti, il giudice di merito (G.I.P. di Vicenza) aveva escluso la tipicità del fatto in considerazione del rifiuto di qualificare il *kirpan* nei termini di «arma bianca», o di «strumento atto ad offendere», sulla base, rispettivamente, delle definizioni di cui agli artt. 585, comma 2, n. 1), c.p. e 4, comma 2, l. 18 aprile 1975, n. 110, in altra occasione l'organo giudicante (Tribunale di Cremona) aveva invece ritenuto la condotta scriminata per la provata sussistenza del «giustificato motivo» che lo stesso art. 4 l. 110/75 prevede quale causa di esclusione della punibilità del fatto incriminato. In tale ultima pronuncia, dunque, il motivo religioso connesso all'appartenenza dell'imputato alla religione Sikh veniva qualificato nei termini di «giustificato motivo» di porto del *kirpan* fuori dalla propria abitazione, così assurgendo ad elemento negativo della tipicità del fatto di reato, ovvero, secondo una diversa ricostruzione, ad elemento di esclusione dell'antigiuridicità *sub specie* di scriminante dell'esercizio del diritto di libertà religiosa *ex art. 51 c.p.* Si deve sottolineare che l'opzione per l'una o per l'altra soluzione interpretativa è produttiva di risvolti di non secondario momento, anche a livello sistematico, come evidenziato da A. PROVERA, *op. cit.*, 973 ss.

⁶ In tal modo aderendo, pertanto, alla soluzione adottata da Trib. Latina, sent. 29 gennaio 2010, cit.

⁷ Si v. sul punto la rassegna di S. CARMIGNANI CARIDI, *Ostentazione di simboli religiosi*, cit., 756 ss.

contro la persona, la Cassazione, anche a fronte di aperture della giurisprudenza di merito⁸, ha costantemente ritenuto che il movente culturale o religioso⁹ non potesse scriminare la violazione di diritti fondamentali della persona e di beni costituzionalmente protetti, tra cui sopra tutti la dignità della persona. Solo in alcuni casi la giurisprudenza di legittimità si è dimostrata propensa a tenere conto delle motivazioni religiose ai fini dell'esclusione della sanzione penale, con decisioni che non hanno mancato di suscitare anche una certa risonanza¹⁰. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, non v'è stato spazio, nelle pronunce della Cassazione, per la c.d. scriminante culturale. Il rifiuto della Suprema Corte di considerare integrato il «giustificato motivo» di cui all'art. 4 l. 110/1975 in base al credo religioso degli imputati che portino in pubblico il *kirpan* non fa che confermare l'orientamento pretorio in questione.

A sostegno della propria decisione, il Giudice di legittimità menziona in primo luogo la giurisprudenza della Corte costituzionale, ed in particolare la [sent. 24 marzo 2016, n. 63](#)¹¹, nella parte in cui afferma che «Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra – sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla

⁸ V. al riguardo C. COLOMBO, *L'art. 583 bis c.p. un illecito compiuto in nome della religione?*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2009, 64 ss., che passa in rassegna casi in cui i giudici di merito hanno tenuto conto del movente culturale per attenuare o elidere la responsabilità penale in relazione ai casi di lesioni personali per le pratiche di infibulazione, prima dell'introduzione, da parte del legislatore, della specifica fattispecie criminosa di cui all'art. 583-bis c.p. Va tuttavia segnalato che l'atteggiamento della giurisprudenza di merito riguardo alla c.d. scriminante culturale non è univoco, e si danno casi in cui il giudice ha ritenuto il movente culturale causa di aggravamento della responsabilità penale, come riporta S. CARMIGNANI CARIDI, *Ostentazione di simboli religiosi*, cit., 756 s., nota 64; al riguardo v. anche P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2008, 538 ss.

⁹ La qualificazione nei termini di «culturale» o «religioso» del movente non è indifferente ai fini della rilevanza penale della condotta: si danno infatti casi in cui la giurisprudenza ha escluso la configurabilità dell'esimente dell'esercizio di un diritto perché la condotta era basata sulla mera conformazione a usanze culturali della comunità di provenienza e non rappresentava una vera e propria pratica rituale (salvo poi ritenere che l'adeguamento alle *kulturnormen* di origine fosse rilevante sul diverso piano della colpevolezza, al fine di concretizzare l'ipotesi di errore inevitabile sul precetto penale): così in tema di circonconcisione rituale maschile Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *Cass. pen.*, 2012, 3706, con nota di E. D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, ivi, 3711 ss.; sul caso anche C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, cit., 419 s. Sugli effetti della distinzione tra movente «culturale» o «religioso» v. anche F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 362, nota 16, anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

¹⁰ Cfr. al riguardo Cass. pen., Sez. VI, sent. 3 giugno 2008, n. 28720, in *Guida al dir.*, 2008, 106 (s.m.), con nota di G. AMATO, *Nessuna liberatoria sul possesso di cannabis per gli adepti della religione «rastafariana»*, ivi, 106 ss. In tale pronuncia la Corte, lungi dall'accogliere l'idea che la finalità religiosa potesse scriminare *sic et simpliciter* la condotta incriminata, ha ritenuto che essa fosse comunque rilevante ai fini della riconducibilità della condotta entro la soglia dell'«uso personale», così escludendo la rilevanza penale della stessa. La condotta dell'imputato, tuttavia, rimaneva passibile di sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 75 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309. Sulla pronuncia in questione v. anche L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità*, in *Dir. eccl.*, 2008, 1039 ss.; nonché S. CARMIGNANI CARIDI, *Ostentazione di simboli religiosi*, cit., 750. Sempre in tema di movente religioso ed utilizzo di sostanze stupefacenti si muove in senso opposto Cass. pen., Sez. VI, sent. 5 dicembre 2005, n. 44227, in [OLIR](#), con la quale la Corte ha condannato gli appartenenti ad un culto denominato «Santo Daime» per il reato di associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti, poiché gli imputati facevano uso, a fini di culto, di una bevanda (la *ayahuasca*) contenente sostanze considerate stupefacenti dalla normativa vigente. I giudici hanno ritenuto che le condotte contestate agli imputati non potessero essere scriminate per finalità di culto «[...] perché neppure in presenza di questi fenomeni (certamente liberi ed anzi tutelati) è giammai consentito lo sconfinamento nell'illecito penale» (Cass. pen., sent. 44227/05, par. 1 del Considerato in diritto). Sulla configurabilità di un vero e proprio diritto, costituzionalmente tutelato, all'assunzione di sostanze stupefacenti, e dunque sul bilanciamento dell'interesse individuale a tale consumo rispetto ad interessi concorrenti, v. anche R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuali e limiti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2010, 451 ss.

¹¹ Commentata da F. RIMOLI, *Laicità, eguaglianza, intese: la Corte dice no agli atei (pensando agli islamici)*, in *Giur. cost.* 2016, 637 ss.; e M. CROCE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, ivi, 647 ss.

pacifica convivenza»¹², confermando così la necessità di contemperare la libertà di cui all'art. 19 Cost. con altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Richiamata dalla Cassazione è anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di libertà religiosa, protetta dall'art. 9 della C.E.D.U.: in particolare, sono citate le pronunce [Leyla Sahin c. Turchia](#)¹³, [Refah Partisi et al. c. Turchia](#)¹⁴ e, da ultimo, [Eweida et al. c. Regno Unito](#)¹⁵, dove peraltro si menziona espressamente, sia pure *ad adiuvandum*, l'ipotesi del porto di *kirpan* da parte di due colleghe della ricorrente, alle quali era stato fatto divieto di indossare tale strumento nel luogo di lavoro. In particolare, il richiamo alle sentenze della Corte E.D.U. consente alla Cassazione di rimarcare come «l'obbligo religioso non è assoluto e può subire legittime restrizioni», conclusione questa certamente corretta, ma che già può ricavarsi dal dato positivo, giacché l'art. 9 della Convenzione consente espressamente limitazioni alla libertà in discorso, al fine di salvaguardare svariati beni ritenuti meritevoli di tutela, tra cui l'«ordine pubblico», in ciò differenziandosi nettamente dall'art. 19 Cost., che invece menziona soltanto il «buon costume» quale limite (espresso) alla libertà di culto. Da non dimenticare, inoltre, che la giurisprudenza E.D.U., e non ultima proprio la [sentenza Eweida](#), ha da sempre fatto applicazione, nel controllo di legittimità delle misure statali volte a limitare i diritti convenzionali per le finalità consentite dal testo della Convenzione stessa («ordine pubblico», «moralità pubblica», etc.), della c.d. dottrina del margine di apprezzamento¹⁶, che com'è noto lascia agli Stati membri un certo spazio di discrezionalità nella valutazione delle circostanze che legittimano l'adozione di misure restrittive delle libertà individuali. Stante dunque la latitudine di intervento riconosciuta alle Autorità nazionali, la circostanza che la normativa statale, volta alla protezione dell'«ordine pubblico», non contrasti con la C.E.D.U. sembra poter essere richiamata solo *ad colorandum*.

3.1. Aspetti critici dell'apparato argomentativo della sentenza: i «valori del mondo occidentale»

Benché, come si è visto, conforme all'indirizzo espresso dalla Cassazione nelle sue precedenti pronunce, la [sentenza](#) in commento presenta svariati aspetti di criticità nel suo apparato argomentativo, che non può farsi a meno di evidenziare in questa sede.

Deve innanzitutto rilevarsi una tendenza del Giudice di legittimità ad un uso non rigoroso di talune categorie concettuali, prima fra tutte quella di «valore»¹⁷.

¹² [Corte cost., sent. 63/2016](#), cit., 634, al par. 8 del *Considerato in diritto*.

¹³ [Corte E.D.U. \[GC\], Leyla Sahin c. Turchia, ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005](#).

¹⁴ [Corte E.D.U., Refah Partisi et al. c. Turchia, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, sentenza del 13 febbraio 2013](#).

¹⁵ [Corte E.D.U., Eweida et al. c. Regno Unito, ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, sentenza del 15 gennaio 2013](#). Sulla pronuncia in questione si vedano M. HILL, *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and others v United Kingdom*, in *Eccelesiastical Law Journal*, 2013, 191 ss.; H. HILL, *Eweida v United Kingdom: The Right to Manifest Religion Under Article 9 of the ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, 2013, 187 ss.; E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in [forumcostituzionale.it](#), 2013; J. MAHER, *Eweida and Others: A New Era for Article 9?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 213 ss.; R. MCCREA, *Religion in the Workplace: Eweida and Others v United Kingdom*, in *Modern Law Review*, 2014, 277 ss.

¹⁶ Con riferimento al [caso Eweida](#) si v. infatti I. BERTINI, *Il caso Eweida e altri c. Regno Unito: una vittoria della dottrina del margine di apprezzamento*, in *Quad. cost.*, 2013, 465 ss., la quale critica la decisione della Corte proprio per l'impiego eccessivamente lato del «margine di apprezzamento», che avrebbe impedito alla Corte di prendere in considerazione fattori che l'Autrice ritiene decisivi. Sulla dottrina del margine di apprezzamento in generale si vedano H.C. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Springer, 1996, e di Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nonché, per la dottrina italiana, R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, 571 ss.

¹⁷ Coglie bene quest'aspetto A. GUSMAI, *«Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni*, cit., 12 ss.

È noto che il valore è un concetto metagiuridico, che appartiene al campo dell'etica¹⁸, e dunque non ha autonomo diritto di ingresso in un ordinamento giuridico positivo¹⁹. Con ciò non si vuole dire, beninteso, che i valori siano entità del tutto indifferenti all'universo giuridico, né tantomeno che un ordinamento liberaldemocratico non posseda un proprio complesso di valori²⁰. Si è anzi correttamente rilevato che le costituzioni moderne si fondano proprio su un nucleo di valori comuni, dei quali potrebbero pretendere il rispetto *nella sfera esterna* (si badi dunque: non *l'adesione interiore*, punto sul quale si tornerà a breve) senza per ciò che lo Stato si tramuti in uno Stato etico, e senza che sia messo in discussione il principio di laicità²¹. La stessa Cassazione, nella sentenza in commento – con assunto ancora condivisibile – riconosce l'esistenza di tale patrimonio condiviso, nel momento in cui afferma che «In una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere», così avallando l'idea di una base sulla quale vi deve essere un *overlapping consensus*²² anche tra soggetti provenienti da contesti giuridici e culturali differenti.

Così stando le cose, con l'assunto secondo cui i valori, in quanto tali, non fanno parte dell'ordinamento si vuole soltanto affermare che, stante il principio di separazione tra diritto e morale, accolto dallo Stato laico, i valori, proprio nella loro qualità di entità metagiuridiche, in un ordinamento positivo rimangono per così dire 'sullo sfondo', e possono avere ingresso nel tessuto normativo solo in quanto siano richiamati espressamente da norme giuridiche, nella maggior parte dei casi mediante clausole generali che rinviino all'universo dell'etica («moralità pubblica», «buon costume», «morale sociale», etc.)²³, ovvero in quanto siano tradotti essi stessi in norme giuridiche, segnatamente in principi giuridici di ampio respiro quali quelli che si trovano nelle Carte costituzionali²⁴. Così, ad esempio, non vi è alcun dubbio che l'uguaglianza sia un valore, e che l'intero impianto costituzionale

¹⁸ Sul concetto filosofico di valore si v. per tutti E. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 111 ss.

¹⁹ Sulla natura metagiuridica del concetto di valore il dibattito è ampio: per una ricognizione, e per maggiori indicazioni bibliografiche, v. per tutti L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in ID., *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, 1 ss.

²⁰ L'ammissione dell'esistenza di una serie di valori sui quali si fonda uno Stato liberaldemocratico non conduce pertanto all'identificazione dello stesso con lo Stato etico: si può affermare infatti che «uno Stato non etico, dunque, non è uno Stato eticamente neutrale» (così ad es. S. SEMPLICI, *Il diritto non è neutrale*, in *L'Osservatore Romano*, 26 aprile 2009, reperibile al sito www.vatican.va). In dottrina si veda ad es. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, 450, che distingue «[...] l'idea (necessaria) di un'etica dello Stato da quella (abborrita) di uno Stato etico».

²¹ V. ad es. V. PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2012, 35: «[...] la laicità dello Stato non implica in alcun modo il relativismo. Lo Stato laico non rinuncia ad avere dei valori di riferimento, a tradurli in principi costituzionali ed a garantirne attuazione e tutela attraverso la legislazione ordinaria».

²² Secondo il noto concetto di *overlapping consensus* (*consenso per intersezione*) coniato da Rawls nel suo *Una teoria della giustizia* e ripreso in diversi scritti successivi: si v. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2009, 369 ss.; ID., *The Idea of an Overlapping Consensus*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1987, 1 ss.; nonché, ID., *Political Liberalism*, trad. it. *Liberalismo Politico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994, 123 ss.

²³ Si è al riguardo sostenuto, da parte di taluno, che proprio al nucleo di valori comuni sottesi al testo costituzionale, ed *in primis*, anche sulla scorta di indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, occorrerebbe fare riferimento per l'interpretazione della clausola generale del «buon costume» impiegata dalla Costituzione agli artt. 19 e 21, comma 6, Cost.: si v. sul punto R. PERRONE, *«Buon costume» e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, spec. 217 ss.

²⁴ Sulla «positivizzazione» dei valori nelle costituzioni moderne v. ad es. R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986, 55 e *passim*. Sul tema cfr. anche, *ex plurimis*, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 35 ss.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 313; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, 60; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, 210 s. e *passim*; A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene, 2007, 305 ss. e *passim*; A. MORELLI, *op. e loc. ult. cit.*; F. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili tecnici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 225 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, CEDAM, 2007, 5 ss.

sia da esso permeato; dal punto di vista giuridico, tuttavia, l'uguaglianza assume rilievo in quanto si traduce in un principio, espresso dall'art. 3 Cost., ed è la medesima disposizione, del resto, che chiarisce quali declinazioni dello sfaccettato valore in questione siano accolte dal nostro ordinamento. Giammai potrebbe una disposizione di legge essere invalidata semplicemente perché contraria al *valore* dell'uguaglianza in sé e per sé (quindi perché *immorale*), ma ben potrebbe essere dichiarata illegittima perché produttiva di norme in violazione dell'art. 3 Cost. e del *principio* da esso espresso (quindi perché *incostituzionale*)²⁵.

Se ciò è vero, l'utilizzo che la Cassazione fa del concetto di valore nella pronuncia in esame non può condividersi, giacché finisce per 'giuridicizzare' indebitamente tale nozione, attraendola, dall'universo etico cui appartiene, al mondo del diritto, con conseguenze non di secondario momento²⁶.

Un primo indizio di tale processo ermeneutico si ha nell'affermazione secondo cui «non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante». Lascia perplessi, in questo caso, l'accostamento dell'aggettivo «lecito» ai valori. Com'è noto, *liceità* ed *illiceità* sono attributi che postulano un giudizio di conformità o difformità di un comportamento alle prescrizioni normative di un ordinamento o di un suo specifico settore²⁷. Quando l'ordinamento di riferimento è quello giuridico si ragionerà di *illecito giuridico* propriamente detto. Se invece l'ordinamento di riferimento è quello morale, la condotta sarà qualificabile come *moralmente lecita* o *illecita*, ovvero, più propriamente, *morale* o *immorale*. Orbene, se ciò è vero, il discorso della Cassazione solleva difficoltà non indifferenti: in disparte la considerazione che oggetto della qualifica di liceità o illiceità devono essere comportamenti umani, e non beni – quindi nemmeno valori²⁸, che del resto nella generalità dei casi sono *parametro* e non *oggetto* del giudizio di liceità²⁹ – deve osservarsi che il ragionamento della Corte non sembra pienamente coerente con le coordinate testé tracciate. Poiché infatti, come si è visto, i valori sono entità metagiuridiche, l'ordinamento di riferimento, nel discorso della Corte, non può essere quello giuridico, pena la violazione del principio di separazione tra diritto e morale: non è possibile, in altre parole, attribuire il predicato dell'illiceità *giuridica* ad entità che dell'universo *giuridico* non fanno parte. Eppure, il parametro di riferimento della liceità, nelle parole della Corte, sono proprio «le leggi vigenti nel paese di provenienza», a testimonianza dell'intenzione del Giudice delle leggi di muoversi nell'ambito dell'ordinamento giuridico e non di quello morale, con un esito di dubbia coerenza dal punto di vista del giurista positivo.

Ancora più riserve suscita l'affermazione secondo cui «È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto

²⁵ Per una disamina delle posizioni in tema di distinzione tra principi e valori costituzionali v. F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 11 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2013, 147 ss., anche per maggiori indicazioni di dottrina.

²⁶ Pur nel riconoscimento della contiguità dei concetti di valori e principi costituzionali, infatti, si sottolinea da più parti la necessità di tenere ben distinti i due concetti nella prospettiva di rispettare il principio di separazione di diritto e morale, dando così voce «ad un'esigenza di chiarezza terminologica, che, tuttavia, non sembra derivare da un eccesso di scrupolo»: così ad es. A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 154 s.

²⁷ Si v. al riguardo R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nss. Dig. It.*, VIII, Torino, UTET, 1962, 164: «L'idea di illecito nella sua comune accezione bene può riferirsi a qualsiasi fatto che costituisce la trasgressione ad una regola, e diviene così l'oggetto da parte sua di un giudizio di riprovazione, e correlativamente di una reazione adeguata. Nello stesso senso si rende possibile, ed è del resto necessario, procedere alla distinzione di differenti categorie di illecito – morale, religioso, sociale e giuridico – a seconda della sfera di norme che si prenda in considerazione».

²⁸ Rimarca P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, 90, che «Il concetto di "illiceità" equivale a quello di "violazione di un comando o di un divieto". E poiché comandi e divieti hanno ad oggetto atti umani, l'"illiceità" è predicabile solo dell'atto umano, compiuto in violazione di una regola di condotta».

²⁹ Si suole infatti qualificare come *immorale* la condotta non conforme a determinati valori, presupponendo così l'esistenza di una norma morale che esprima il divieto di violarli: si pensi ad esempio ai comportamenti posti in essere in spregio del valore dell'uguaglianza (es. manifestazioni di pensiero razziste o sessiste) o della dignità della persona (es. omicidio, violenza sessuale, etc.).

di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina». Mentre la seconda parte della statuizione pare non sollevare seri problemi, avendo ad oggetto *comportamenti* ed assumendo quale parametro i *principi* che regolano la società ospitante e l'ordinamento giuridico che la disciplina, più discutibile appare il primo periodo, che invece ragiona di un obbligo di *conformazione* dei valori dei migranti ai «valori del mondo occidentale» in cui hanno deciso di inserirsi.

Nelle parole della Corte si annida un equivoco di fondo difficile da accettare per l'interprete attento al rispetto dei principi costituzionali. Accostandosi infatti nuovamente all'universo etico, il Giudice di legittimità non ragiona semplicemente della necessità di «rispettare» i valori sottesi al diritto della società ospitante, ma di un vero e proprio obbligo di «conformare» i propri valori a quelli del «mondo occidentale», con terminologia assai più pregnante e dotata di sfumature affatto differenti. Il «rispetto» rappresenta infatti una condotta *passiva*, che implica in primo luogo un dovere di astensione da quei comportamenti che potrebbero ledere il bene protetto³⁰, laddove la «conformazione» è condotta *attiva*, che postula un dovere di far corrispondere le caratteristiche di un oggetto ad un altro, che si assume quale parametro³¹. Il fatto che oggetto di tale dovere siano i valori del migrante – quindi un dato di natura etica e destinato a vivere nel mondo interiore dell'agente, più che in quello esterno delle azioni e dei comportamenti – e che il parametro di conformazione siano i non meglio precisati «valori del mondo occidentale» suscita non poche perplessità.

È più che dubbio, innanzitutto, che un ordinamento liberaldemocratico abbia titolo per pretendere dai consociati l'adesione interna ad un dato sistema di valori, per quanto fondamentali essi siano e per quanta rispondenza trovino nelle scelte di base del costituente. Si potrebbe essere tentati di ravvisare il fondamento di tale pretesa nell'art. 54 Cost., che stabilisce il dovere di fedeltà dei cittadini alla Costituzione³². La disposizione in parola, in effetti, è stata oggetto di ampio dibattito, tra i commentatori, quanto alla sua portata ed al suo oggetto³³, e non v'è chi non abbia autorevolmente sostenuto che per il tramite del dovere di fedeltà si operi una vera e propria «positivizzazione dell'etica» ed una «moralizzazione del diritto e dell'esperienza costituzionale», talché la fedeltà alla Repubblica sarebbe «un “ponte” che congiunge il pregiuridico al giuridico, connotando quest'ultimo in senso etico proprio in virtù del fatto che, in sé e per sé, moralmente qualificato è lo “strumento” (la fedeltà) allo scopo utilizzato»³⁴. Benché tale ricostruzione appaia suggestiva, e chi scrive ritenga di dividerla, non deve dimenticarsi che il substrato etico del dovere di fedeltà non può mettere in ombra il contenuto del relativo dovere sancito dalla Costituzione, che è interpretato dall'opinione maggioritaria nella sua essenza squisitamente materiale, e non ideale³⁵. Si potrà cioè sindacare il

³⁰ Cfr. la definizione del verbo rispettare: «rispettare v. tr. [lat. *respectare*, propr. «guardare indietro», intensivo di *respicere*, part. pass. *respectus*] (io *rispetto*, ecc.). [...] 2. a. Riconoscere i diritti, il decoro, la dignità altrui, astenendosi quindi da ogni parola o azione che possa offenderli [...] 3. a. Osservare, eseguire, con cura fedele e attenta, ordini, regole, norme e prescrizioni [...]: così la voce «rispettare» al sito [Treccani – Vocabolario on-line](#).

³¹ Cfr. la definizione del verbo conformare: «conformare v. tr. [dal lat. *conformare* «formare, dar forma», comp. di con- e formare «id.»] (io *conformo*, ecc.). – 1. non com. Dare forma e proporzione alle parti [...] 2. Rendere conforme, adattare, far corrispondere»: così la voce «conformare» al sito [Treccani – Vocabolario on-line](#).

³² Ma difficilmente superabile apparirebbe, *in limine*, l'obiezione che il dovere in questione è riferibile soltanto ai «cittadini» e non agli stranieri (non, quindi, ai migranti che non abbiano ottenuto la cittadinanza); tale assunto risulta condiviso anche da chi non ritiene insuperabile il dato letterale dell'art. 54 Cost.: v. al riguardo A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 251 ss.

³³ Per la ricostruzione sul dibattito in materia di contenuto del dovere di fedeltà si vedano per tutti, di recente, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 95 ss.; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 60 ss.; nonché F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, Bononia University Press, 2016, 246 ss., ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁴ In questi termini, molto chiaramente, A. RUGGERI, *Rigore costituzionale ed etica repubblicana, nel pensiero e nell'opera di Temistocle Martines*, in [Rivista AIC](#) (archivio), 2006.

³⁵ In questo senso già S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, 168: «Se quindi nell'obbligo di fedeltà alla Repubblica si vuole indicare il fondamento di un limite per la libera azione politica

rispetto del dovere di fedeltà in quanto la condotta del singolo si estrinsechi in un comportamento *esterno* lesivo di beni giuridici di rilievo costituzionale, ma non in quanto vi sia o meno un'adesione *interna* del soggetto ai valori fatti propri dalla Costituzione³⁶. Del resto, quasi superfluo risulta sottolineare che l'incriminazione di un soggetto per condotte che riflettano una sua semplice disobbedienza interiore al patrimonio etico dell'ordinamento, ma che non si dimostrino lesive di altri beni giuridici meritevoli di tutela, si rivelerebbe in contrasto con alcuni principi fondamentali dello Stato democratico³⁷, ed in particolare coi principi di offensività e di materialità, quali corollari del principio di legalità sancito all'art. 25 Cost.

Altro aspetto critico, come si è accennato, è dato dall'indeterminatezza del parametro di riferimento, giacché la Corte indica al riguardo i «valori del mondo occidentale», nel quale il migrante ha inteso inserirsi. La locuzione utilizzata, tuttavia, risulta fumosa e di difficile determinazione³⁸. Già nella sentenza n. 25163/2016 il Giudice di legittimità aveva evocato, come si è visto, i «valori» quale limite all'operatività dell'esercizio del diritto di libertà religiosa, rammentando che la manifestazione pubblica delle pratiche religiose deve necessariamente adeguarsi «ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, coi quali non possono [*sic*] entrare in contrasto»³⁹, ma in quell'occasione la Cassazione identificava taluni di quei valori, indicando espressamente «la tutela della sicurezza pubblica e dell'incolumità delle persone»⁴⁰. Al di là della condivisibilità o meno dell'inquadramento di tali beni nei termini di «valori» cui la condotta del singolo deve «adeguarsi» – operazione contro la quale possono muoversi *mutatis mutandis* i medesimi rilievi avanzati poc'anzi circa l'obbligo di «conformazione» a parametri di natura etica – resta comunque il dato della precisa elencazione dei valori di riferimento, che consente quantomeno un controllo sull'appartenenza di tali beni al novero degli interessi tutelati a livello di diritto positivo dalla Costituzione e, pertanto,

del singolo, tale limite non può consistere che nel rispetto *materiale* della forma democratica del nostro ordinamento, e nella fedeltà *materiale* allo Stato: l'obbligo e il relativo limite riguarda esclusivamente l'*azione* e l'*incitamento all'azione*, non la manifestazione del pensiero in quanto tale: attribuire un diverso e più ampio significato all'obbligo di fedeltà ci sembra infondato e pericoloso»; A. CERRI, *Sul principio di fedeltà (a proposito di una recente decisione della Sezione disciplinare del C.S.M.)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 762 s., con posizione ripresa in ID., *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1989, 2 ss., il quale conclude col rilievo che «Il dovere di fedeltà cessa pertanto di essere limite ideologico o vincolo che impegna le coscienze e diviene misura di valutazione dei comportamenti»; L. VENTURA, *Art. 54*, in *Rapporti civili. Tomo 2: Art. 53-54*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, 55, il quale riporta peraltro il pensiero di C. Mortati; G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in *I diritti costituzionali*, vol. III, a cura di R. Nania-P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2006, 1143 ss., la quale rileva giustamente che «Il fatto che la costituzione di uno stato liberaldemocratico sia un accordo su principi e valori fondamentali sui quali edificare la convivenza non implica che ciascun consociato venga chiamato ed impegnato all'adesione ideologica ad essi»; nonché A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 217 ss. e *passim*.

³⁶ Si deve tuttavia rammentare la diversa posizione di parte della dottrina: si v. al riguardo L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, Vita e Pensiero, 1998, 9. Più complessa la posizione di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, spec. 149 ss., laddove ammette che il dovere di fedeltà «implica, nei confronti dello Stato, qualificato dal punto di vista della sua legittimità, un imperativo di adesione ai valori ad essa sottesi», ma specifica che tale dovere non comporta una deroga alla garanzia di cui all'art. 23 Cost., e pertanto occorre pur sempre una *interpositio legislatoris* che precisi gli obblighi gravanti sui singoli; l'Autore non esclude, tuttavia, che la legge introduca obblighi funzionali alla tutela «espressamente svolta dalla Costituzione di determinati interessi strettamente collegati e logicamente dipendenti dai valori ai quali il generale dovere di fedeltà si riferisce» (ivi, 152).

³⁷ Così G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., 1143 s.

³⁸ Ragiona di «difficile delimitazione territoriale e concettuale del c.d. “mondo occidentale” e dei suoi “valori”» A.M. NICO, *Ordine pubblico e libertà di religione*; ritiene la formula in questione «non facilmente decifrabile» anche A. MORELLI, *Cassazione: è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»*, cit.; della stessa opinione anche A. GUSMAI, «*Giustificato motivo*» e (in)giustificate motivazioni, cit., 13 s.

³⁹ Così Cass. pen., sent. 25163/2016, cit., 28.

⁴⁰ Sempre Cass. pen. sent. 25163/2016, cit., 28 s.; sul punto v. anche A. GUSMAI, «*Giustificato motivo*» e (in)giustificate motivazioni, cit., 13.

legittima l'avvio di un processo di bilanciamento delle posizioni in conflitto⁴¹. Laddove la sentenza odierna ragiona, invece, di «valori del mondo occidentale», il parametro risulta talmente vago ed opinabile da non consentire agevolmente di comprendere, se non al prezzo di arbitrarie semplificazioni o di discutibili operazioni di comparazione assiologica⁴², quali siano i beni protetti⁴³.

3.2. (segue) La vera *ratio decidendi* e il bilanciamento degli interessi (non dei valori) costituzionali

Il ragionamento svolto dalla Corte, peraltro, oltre a non essere condivisibile per le ragioni esposte, nemmeno si rivela necessario ai fini della decisione, che risulta fondata su una diversa base giuridica⁴⁴.

Date le premesse, infatti, ci si sarebbe potuti aspettare che la Cassazione, rilevata la sussistenza di un nucleo di valori a cui tutti, cittadini e stranieri, devono conformarsi pure in una società multiculturale, procedesse a valutare la compatibilità o meno della condotta dell'imputato rispetto a tale complesso di valori. In questa prospettiva, se il comportamento incriminato si fosse rivelato in contrasto con il dato etico condiviso, sarebbe stato possibile negare la sussistenza della scriminante dell'esercizio di un diritto, e segnatamente dell'esercizio del diritto di libertà religiosa *ex art. 19 Cost.*, mediante il richiamo al limite del «buon costume», inteso come richiamo ad un patrimonio assiologico comune «alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea», secondo i dettami della Corte costituzionale nella nota [sent. 293/2000](#)⁴⁵. Al di là della divisibilità o meno della soluzione concreta, l'iter logico-giuridico seguito si sarebbe rivelato quantomeno coerente con il discorso condotto fino a questo punto della sentenza, impregnato di elementi assiologici di valenza extragiuridica. Non è questa, tuttavia, la strada seguita dalla Cassazione.

Nonostante l'*excursus* svolto al par. 2.3, infatti, l'esclusione della sussistenza di una scriminante, al paragrafo successivo, non è motivata in base all'incompatibilità dei valori professati dall'imputato con quelli del «mondo occidentale», bensì in base ad «esigenze» di «pacifica convivenza» e di

⁴¹ In senso conforme A. GUSMAI, «*Giustificato motivo*» e (in)giustificate motivazioni, cit., 13, che afferma la possibilità di ricondurre i «valori» individuati dalla Corte nella categoria (giuridica) dei «controlimiti», sia pure ammettendo come ciò sia possibile solo con una certa approssimazione.

⁴² Il semplice rilievo che un dato valore sia parte della tradizione filosofico-culturale occidentale, in effetti, non consente di dimenticare le significative differenze che possono riscontrarsi al momento in cui, nei diversi contesti, viene data applicazione al valore stesso. Emblematico, al riguardo, è il caso della laicità, certamente parte dei «valori del mondo occidentale», ma interpretata (sia a livello filosofico, sia a livello giuridico, nel momento della sua trasposizione in norme di diritto positivo) in maniera alquanto differente in diversi Stati pure appartenenti al «mondo occidentale»: si pensi ad es. alla distanza che intercorre tra l'interpretazione di tale valore accolta in Italia, in Francia, negli Stati Uniti d'America. Nello stesso senso G. POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova*, cit., che fa invece l'esempio del valore della dignità umana.

⁴³ Nello stesso senso A. GUSMAI, «*Giustificato motivo*» e (in)giustificate motivazioni, cit., 14, il quale rileva anche come da un lato gli ordinamenti del c.d. mondo occidentale siano oggi multiculturali, onde al loro interno non vi sarebbe quell'omogeneità etico-culturale che la Cassazione sembra postulare, e dall'altro che tracciare i confini del c.d. mondo occidentale risulta assai arduo, essendovi più di un'incertezza circa l'inclusione di questo o quel Paese – e della relativa esperienza socio-culturale – all'interno di tale categoria.

⁴⁴ Rileva che sarebbero in effetti stati sufficienti a sorreggere la decisione della Corte gli stessi argomenti impiegati nelle precedenti sentenze sul *kirpan*, senza avventurarsi sul terreno dei «valori comuni al mondo occidentale» anche A. LICASTRO, *La questione del kirpan*, cit. Nello stesso senso A. MORELLI, *Cassazione: è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»*, cit.; A.M. NICO, *Ordine pubblico e libertà di religione*, cit., 4, che considera il ragionamento fin qui svolto dalla Corte «un inutile *obiter dictum*, ultroneo e non necessario»; e G. POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova*, cit.

⁴⁵ [Corte cost., sent. 11 luglio 2000, n. 293](#), commentata da A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, in *Giur. cost.*, 2000, 2245 ss. *Amplius* sulla pronuncia, in tempi recenti, v. R. PERRONE, «*Buon costume*» e valori costituzionali condivisi, cit., spec. 54 ss.; e V. PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa*, cit., 136 ss.

«sicurezza», che il Giudice di legittimità riassume nella formula dell'«ordine pubblico» (da intendersi, evidentemente, nella sua accezione materiale)⁴⁶.

Se tuttavia la *ratio decidendi* si appunta sul contrasto con l'«ordine pubblico», risulta superflua la premessa circa la sussistenza di un fantomatico nucleo etico che sarebbe comune (esclusivamente) al mondo occidentale e cui, nelle parole della Cassazione stessa, dovrebbero conformarsi i migranti. È più che discutibile, infatti, che il bene in questione, pur di rilievo primario, sia riconducibile a tale patrimonio assiologico⁴⁷, rappresentando piuttosto la *summa* di interessi di carattere oggettivo propri di *qualunque* ordinamento giuridico. Significativo appare al riguardo il repentino cambio di terminologia della Corte, che, giungendo a trattare della «sicurezza pubblica», ragiona non più di «valore», ma di «bene da tutelare», di «esigenza» e di «interesse costituzionale», segno del passaggio del discorso da un piano etico-filosofico ad uno propriamente giuridico. Le fattispecie criminali poste a presidio del bene in parola, dal canto loro, si presentano come *eticamente neutre*⁴⁸, non essendo frutto di una 'scelta di campo' operata dal legislatore tra più concezioni morali contrapposte, ma essendo rivolte unicamente alla salvaguardia di un bene ritenuto di importanza vitale per la sopravvivenza dell'ordinamento e per l'ordinato vivere civile⁴⁹. Non ha rilievo, ai sensi dell'art. 4 l.

⁴⁶ Non ci sembra invece condivisibile il richiamo all'«ordine pubblico internazionale» effettuato da A. GUSMAI, «Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni, cit., 9 s., che, se inteso, come afferma l'Autore, «come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato alla legislazione ordinaria» (secondo la definizione datane da Cass. civ., Sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599, al punto 7 del *Considerato in diritto*), si colora di tinte ideali e di elementi di scarsa determinatezza che poco sembrano compatibili con le esigenze di stretta interpretazione delle clausole che pongono limiti ai diritti fondamentali; nell'ambito del diritto pubblico, del resto, e per quanto più specificamente concerne la limitazione dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, è assolutamente maggioritaria la tesi che accoglie l'«ordine pubblico» nella sua accezione rigorosamente materiale. Per il concetto di «ordine pubblico materiale», contrapposto a quello di «ordine pubblico ideale», v. ad es. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, II, 111 ss.; e G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 1057 ss.; ma *amplius*, sul tema dell'ordine pubblico, v. il recente e ampio studio di F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit.

⁴⁷ Come invece, si è visto, la Cassazione mostra di ritenere già nella sent. 25163/2016: v. Cass. pen., sent. 25163/2016, cit., 28 s.

⁴⁸ Cfr. il concetto di normativa «*content neutral*» rispetto al contenuto del diritto, configurato da R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 24 marzo 2004*, a cura di A. D'Aloia, Torino, Giappichelli, 2004, 15 ss., nonché ID., *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di E. Camassa-C. Casonato, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005, 59 ss.: con riferimento alla libertà di ricerca scientifica, l'Autore ritiene di dover sottoporre la normativa che pone limiti a tale diritto ad un test, volto a verificare se essa è diretta a colpire la ricerca in relazione al suo *determinato contenuto*, sulla base di una precisa opzione ideologica del legislatore; l'Autore (che fa anche l'esempio del divieto di bruciare la bandiera in relazione alla libertà di espressione) afferma che tale tipo di test si applica a tutte le libertà fondamentali (ID., *op. ult. cit.*, 59). Nello stesso senso v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 197 s.

⁴⁹ Tangibile ci sembra la differenza con il caso di legislazione che, risolvendo (non solo conflitti di interessi, com'è proprio di ciascuna legge, ma anche) conflitti di valori riflettenti concezioni etiche contrapposte, prende decisamente posizione a favore dell'uno o dell'altro, dando alla normativa una decisa colorazione *morally pregnant*: a titolo esemplificativo si pensi appunto al divieto, ed alla relativa sanzione, di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13 l. 19 febbraio 2004, n. 40. Per la qualificazione delle fattispecie di cui all'art. 13 l. 40/2004 nei termini di disposizioni non *content neutral* rispetto all'oggetto del diritto (libertà di ricerca), ma frutto di una ben precisa scelta ideologica ed assiologica del legislatore si vedano i già citati R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 19 ss., e ID., *Sussidiarietà*, cit., 59 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 197 ss. L'opinione che, in linea generale, la l. 40/2004 abbia preso nettamente posizione nel conflitto ideologico sottostante, talora a discapito di un corretto bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, è ampiamente sostenuta in dottrina: v. per tutti S. CANESTRARI, *Legge 40: procreazione e punizione*, in *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 70; nonché E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1686 ss., il quale ritiene talune disposizioni (ed in particolare il divieto di fecondazione eterologa) un esempio di «moralismo giuridico». Ciò sembrerebbe del resto confermato dalle numerose declaratorie di costituzionalità che si sono abbattute sulla legge in esame: per un quadro del percorso demolitorio della l. 40/2004 si vedano ad es. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 1669 ss. e P.

110/1975, che l'individuo circoli con strumenti atti ad offendere perché mosso da intenti sovversivi, intolleranti, violenti, o semplicemente per inescusabile ignoranza del precetto penale ed assenza di un «giustificato motivo», la sua condotta essendo censurata in quanto ritenuta in sé e per sé suscettibile di generare un pericolo per il bene protetto. In effetti, il comportamento del fedele Sikh, che, nell'obbedienza dei precetti del suo credo religioso, porti in pubblico il *kirpan* può certamente porre problemi di compatibilità con la sicurezza pubblica, ma ciò non è dovuto ad una violazione di un nucleo di valori caratteristico di ordinamenti appartenenti ad una data tradizione etico-culturale piuttosto che ad un'altra, bensì al pericolo per un interesse fondamentale di qualunque Stato che detenga il monopolio dell'uso della forza e scoraggi la violenza e l'autotutela *vi et armis* da parte dei cittadini. Circolare pubblicamente con un coltello, o qualsiasi altro tipo di strumento atto a offendere, dunque, può essere censurabile tanto in un ordinamento della tradizione occidentale, ispirato alla forma di Stato liberaldemocratica, quanto in un ordinamento appartenente ad un'altra tradizione e riconducibile ad una diversa forma di Stato, e ciò appare del tutto indipendente dall'individuazione dei valori che gli ordinamenti in questione pongono a fondamento della propria azione.

Se questo è vero, la soluzione del conflitto, a dispetto della premessa, non si gioca sul terreno dei valori propriamente detti, ma su quello del bilanciamento di interessi che risultano giuridicamente rilevanti e, per quel che qui viene in evidenza, pienamente sindacabili dall'ordinamento positivo. La condotta di chi indossa armi in luogo pubblico non viene cioè in rilievo nel suo aspetto *valoriale*, ma in quello più propriamente *materiale*, così come del resto il *kirpan* non viene in rilievo nella sua dimensione religiosa, ma nel suo substrato reale, quale oggetto che appare pericoloso a prescindere dal significato che il fedele vi attribuisca in virtù delle proprie intime convinzioni⁵⁰.

Del resto, com'è stato osservato, il fenomeno in questione è inquadrabile nell'ambito dei *conflitti di lealtà*, ma non propriamente in quello dell'*obiezione di coscienza*, la differenza tra i due concetti risiedendo nella «contrarietà ideologica» del soggetto verso il precetto della legge civile, che si rinviene nell'*obiezione di coscienza*, ma che risulta talora assente nel semplice conflitto di lealtà⁵¹. Il fedele Sikh che indossa il *kirpan*, invero, non sembra mosso da una contrarietà di principio rispetto alla legge statale che vieta il porto in pubblico di armi e strumenti atti ad offendere, ma piuttosto dal desiderio di manifestare pubblicamente la sua identità religiosa, nell'ambito dell'esercizio della sua libertà di culto, senza che ciò si traduca in un conflitto con le finalità di fondo dell'ordinamento civile⁵². Non sorge dunque un vero e proprio conflitto valoriale, ma piuttosto un ordinario conflitto di interessi, tutti operanti sul versante dell'ordinamento statale e senza sconfinamenti in quello propriamente etico. Corretta e coerente si rivela, dunque, l'opzione ermeneutica per un bilanciamento tra le situazioni giuridiche in gioco, e segnatamente tra la libertà religiosa del singolo, protetta a livello costituzionale, ed altri beni, pure di segno costituzionale e di pertinenza pubblicistica, come la

SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 376 ss.

⁵⁰ Rileva infatti A. MORELLI, *Cassazione: è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»*, cit., che «...il kirpan è un pugnale atto ad offendere, per quanto dotato di una connotazione simbolica e religiosa. Non si tratta certo di uno strumento che serve a curare i malati o a svolgere lavori di giardinaggio. Esso è e rimane un'arma e trae la propria connotazione simbolica proprio dal fatto di essere un'arma. Tale connotazione non ne esclude, ma anzi ne presuppone l'uso come strumento di offesa e tanto basta per ritenere insussistente l'ipotesi del "giustificato motivo"». Molto chiaramente anche A.M. NICO, *Ordine pubblico e libertà di religione*, cit., 5: «Il simbolo religioso, dunque, deve essere "svestito" della religiosità ed essere valutato alla luce degli elementi di fatto e di diritto che possono configurare un comportamento anti-giuridico».

⁵¹ In questi termini A. LICASTRO, *Il motivo religioso*, cit., 6.

⁵² Cfr. sempre A. LICASTRO, *Il motivo religioso*, cit., 6, il quale giustamente rileva che «È ragionevole presumere, invece, che il fedele *sikh*, il quale pretenda di portare il kirpan in luogo pubblico, non compia alcuna valutazione di merito del contrario divieto generale previsto dalla norma giuridica statale: a parte i casi in cui ne ignori la stessa esistenza, egli chiede semplicemente – rivendicando il diritto di manifestare alcuni tratti espressivi della sua particolare identità religiosa – di essere dispensato dall'osservarlo, restando per il resto indifferente a ogni ulteriore profilo inerente alla validità generale della norma statale, di cui può anzi, del tutto coerentemente, condividere la *ratio* e le finalità. *Non vi è, in altri termini, spazio per ipotizzare alcun conflitto ideologico tra condotta dell'agente e contenuti del divieto*» (corsivo nostro).

sicurezza pubblica e la pacifica convivenza dei consociati: tale impostazione darà vita ad una verifica della pericolosità in concreto della condotta dell'agente, volta a stabilire se, nello specifico caso, le modalità del comportamento incriminato siano tali da suscitare un pericolo per i beni protetti, ovvero se, nella fattispecie all'esame del giudice, per le modalità dell'azione, la condotta risulti di fatto inoffensiva. È proprio in questa fase che è possibile tentare un «accomodamento»⁵³, ricercare una soluzione che consenta la massima tutela possibile delle situazioni costituzionalmente tutelate⁵⁴, senza cedere alla tentazione di sancire l'aprioristica preminenza dell'una o dell'altra, ma valutando se vi siano, per l'interprete, ragionevoli 'spazi di manovra'.

Occorre osservare che, per effettuare tale pur delicata operazione, sembra che possano trovare applicazione, più che una fantomatica «scriminante culturale», della cui esistenza come si è visto la giurisprudenza ha costantemente dubitato, i comuni istituti del diritto penale, che, ad avviso di chi scrive, approntano già un'adeguata risposta alle situazioni come quella qui in rilievo. Così, nel caso in cui il soggetto adotti accorgimenti che rendano il *kirpan* inoffensivo⁵⁵, non vi sarebbe alcuna necessità di sollecitare una pronuncia additiva della Corte costituzionale sulla fattispecie incriminatrice, volta ad escludere dalla punibilità una condotta avente tali caratteristiche, come pure da taluno suggerito⁵⁶: la rilevanza penale del fatto potrebbe essere già esclusa in sede di valutazione della tipicità del fatto, quale mancanza di conformità tra la condotta incriminata e quella effettivamente tenuta dal soggetto⁵⁷, ovvero in sede di valutazione dell'offensività *in concreto* della condotta dell'agente e ritenendo cioè l'azione «inidonea» alla messa in pericolo del bene protetto⁵⁸. Solo qualora non sia possibile, *de iure condito*, trovare un «accomodamento», e pure permangano dubbi sulla necessità di garantire uno spazio di protezione residuo ad un interesse che si assume illegittimamente compresso si potrà sollecitare una pronuncia del Giudice delle leggi sul punto. Nel

⁵³ Secondo le parole di A. LICASTRO, *Il motivo religioso*, cit., 22 ss.

⁵⁴ Ragiona di «principio di massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti» A. RUGGERI, [La questione del kirpan](#), cit., 310 ss. (si v. in particolare 311, nota 7, per maggiori riferimenti dottrinali del principio in parola).

⁵⁵ Come prospetta sempre A. LICASTRO, *Il motivo religioso*, cit., 24.

⁵⁶ È la soluzione avanzata da A. RUGGERI, [La questione del kirpan](#), cit., 316; in senso conforme anche A. GUSMAI, «*Giustificato motivo*» e (in)giustificate motivazioni, cit., 17 ss.

⁵⁷ Se infatti il *kirpan* indossato dal fedele fosse reso innocuo mediante appositi accorgimenti, ad esempio rimuovendo il filo della lama ed assicurandosi che non avesse punta acuminata, è più che dubbio che esso potrebbe rientrare nella descrizione astratta della fattispecie di cui all'art. 4 l. 110/75, che ragiona, come si è visto, di «strumenti da punta o da taglio atti a offendere», né rientrerebbe nella definizione di «arma» data dall'art. 585 c.p., trattandosi appunto di strumento del tutto inoffensivo. Se invece, pur mantenendosi il filo e/o la punta del *kirpan*, esso fosse indossato con accorgimenti tali da non renderlo prontamente utilizzabile dal fedele, verrebbe meno la possibilità di qualificare la condotta nei termini di «porto» di arma di cui agli artt. 4 l. 110/75 e 699 c.p., essendo piuttosto il comportamento dell'agente qualificabile nei termini di «trasporto», per il quale vigono diverse disposizioni regolatrici: rileva questa differenza anche A. LICASTRO, *Il motivo religioso*, cit., 24, nota 47. Occorre tuttavia osservare che, a differenza della prima soluzione proposta, quest'ultima potrebbe non rivelarsi risolutiva, giacché il «trasporto» di arma è soggetto ad obbligo di preavviso all'Autorità di P.S. ai sensi dell'art. 34 T.U.L.P.S., e l'omissione di tale prescrizione rappresenta una contravvenzione ai sensi dell'art. 17 T.U.L.P.S.: non potendosi realisticamente immaginare che il fedele Sikh, ogni volta in cui vuole uscire di casa con il proprio *kirpan* al collo, sia tenuto a darne notizia all'Autorità, la strada in questione si rivela difficilmente percorribile a livello concreto.

⁵⁸ Aderendosi in tal caso alla tesi dottrinale secondo cui è possibile la realizzazione di un fatto astrattamente corrispondente alla fattispecie tipica, della quale pone in essere tutti gli elementi, ma che in concreto non reca pregiudizio al bene giuridico oggetto di tutela: per tale impostazione v. per tutti M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urb.*, 1951-1952, 269 ss. In alternativa, è forse possibile immaginare l'applicazione della causa di non punibilità prevista oggi dall'art. 131-bis c.p., che appunto esclude la punibilità nel caso in cui, per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa risulta di particolare tenuità; naturalmente devono risultare sussistenti anche le altre condizioni previste dalla disposizione, tra cui la non abitualità della condotta, difficilmente predicabile però, anche alla luce del disposto del terzo comma dell'articolo in commento, nel caso in cui il soggetto circoli ordinariamente con il *kirpan* sulla propria persona. Sulla causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto si vedano per tutti i contributi contenuti in C. CARRILLO ET AL., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrococo, Torino, Giappichelli, 2015.

caso di specie, tuttavia, la Cassazione ha ritenuto, con assunto del tutto coerente, che la pericolosità intrinseca del *kirpan*, in ragione delle sue caratteristiche oggettive (e non del suo significato valoriale), non lasciasse spazio ad un'istanza di libertà del singolo, e correttamente dunque ha fatto pendere la bilancia verso la salvaguardia del bene di pertinenza pubblicistica⁵⁹.

4. Considerazioni conclusive

L'analisi brevemente svolta nelle pagine precedenti ha inteso mettere in luce quelli che, ad avviso di chi scrive, si presentano come gli aspetti più problematici della [sentenza](#) della Cassazione qui esaminata. Come è evidente, tuttavia, le criticità della decisione si annidano nel suo apparato argomentativo, più che nel risultato interpretativo proposto, e in effetti non si è mancato di rilevare come le parole della Corte siano state accolte con clamore mediatico fin eccessivo, che mette in ombra la vera *ratio decidendi* della sentenza⁶⁰, e che l'improprietà terminologica della motivazione finisce per rendere la stessa meno convincente, pur se condivisibile quanto alla soluzione del caso concreto⁶¹.

Non v'è dubbio che, se interpretata in maniera letterale, l'affermazione della Cassazione non può che condurre a risultati inaccettabili alla luce di svariati principi di rango costituzionale, da quello di laicità alla necessaria tutela della libertà di coscienza dell'individuo, anche quando si faccia portatore di istanze assiologiche in contrasto con il nucleo di valori fatto proprio dalla Costituzione stessa: in un ordinamento autenticamente liberaldemocratico non v'è spazio per un obbligo di conformazione dei propri convincimenti interiori a parametri eteroimposti, non importa quanto ampia sia la condivisione di questi ultimi da parte della comunità di riferimento.

Chi scrive ritiene, tuttavia, che gli esiti interpretativi in parola siano frutto, più che di una deliberata opzione del Giudice di legittimità, dell'improprio utilizzo di categorie concettuali da parte di quest'ultimo, unito forse alla volontà di manifestare il chiaro sfavore per una condotta riprovata dal legislatore in astratto, e già censurata in concreto dallo stesso Giudice in due pronunce, con esiti dunque coerenti. Con tutta probabilità, dunque, nel caso di specie la Corte *magis dixit quam voluit*. Una maggior precisione terminologica della Cassazione avrebbe verosimilmente fugato ogni dubbio circa l'intento di predicare la necessità di una conformazione interna a valori, piuttosto che ribadire, molto più semplicemente e condivisibilmente, l'obbligo di un rispetto esterno, comportamentale, di puntuali disposizioni di legge dello Stato ospitante, di volta in volta espressive di interessi rilevanti

⁵⁹ Sostiene invece che la pronuncia in esame collida col principio di offensività in concreto A. GUSMAI, «Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni, cit., spec. 10 ss., che mostra di ritenere il porto in pubblico del *kirpan* «una professione di fede inoffensiva» (ivi, 10), censurando la decisione di sanzionare il porto di armi e strumenti che «per le caratteristiche dell'oggetto, la personalità del possessore ed il contesto di utilizzo risultino in concreto essere ragionevolmente inoffensivi». Non ci sembra, tuttavia, che la decisione del Giudice di merito, prima, e del Giudice di legittimità, poi, di considerare prevalente il dato *oggettivo* della pericolosità del *kirpan* quale vera e propria arma, rispetto a quello *soggettivo* della personalità del possessore rappresenti una scelta irragionevole, che riflette uno scorretto bilanciamento degli interessi in gioco. Quanto al *contesto* di utilizzo, cui l'Autore riconnette particolare importanza (ivi, 11 s.), occorre sottolineare che il porto di un'arma sulla propria persona implica che il portatore rechi la stessa in tutti i contesti sociali in cui si trovi ad operare, non solo in quello rituale: tant'è vero che il fatto contestato all'imputato era avvenuto per strada, e non in un luogo di culto (ove, forse, sarebbe stato più agevole invocare il «giustificato motivo»). Si deve peraltro sottolineare che lo sfavore del legislatore per il porto di armi, quale condotta potenzialmente pericolosa per la sicurezza pubblica, è tale, che anche ai soggetti muniti di licenza è fatto divieto di portare le armi in riunioni pubbliche (art. 4, comma 4, l. 110/75), ciò che ancora di più depone per la non irragionevolezza del bilanciamento operato dal Giudice di legittimità.

⁶⁰ V. al riguardo il commento di R. BIN, *Il problema non è il kirpan ma la stampa*, cit.

⁶¹ Osserva A. MORELLI, *Cassazione: è «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»*, cit., che il richiamo ai «valori occidentali» e ad una presunta «unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro Paese» finisce per «togliere forza argomentativa ad una sentenza, il cui dispositivo appare, invece, nella sostanza, condivisibile».

della comunità di appartenenza, a seguito naturalmente di un rigoroso e doveroso processo di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela costituzionale.

Antonio Ruggeri
Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali:
*simul stabunt vel simul cadent**

SOMMARIO: 1. *Il carattere composito del rapporto tra Unione europea e autonomie territoriali, bisognoso di essere osservato da entrambi i poli tra i quali si intrattiene e svolge, e la natura sfuggente dell'Unione, refrattaria ad essere qualificata alla luce degli schemi della tradizione teorica, con specifico riguardo a quello di sovranità.* – 2. *Il complessivo ripensamento dell'autonomia sollecitato dal presente contesto internazionale e sovranazionale, che ha portato ad un sensibile impoverimento del patrimonio funzionale degli enti territoriali minori, cui ha dato altresì un fattivo concorso la crisi economica in atto, dalla quale è venuta una spinta vigorosa nel verso dell'accentramento.* – 3. *La necessità di far fronte ai problemi viepiù complessi posti dal tempo presente attraverso la riscoperta dell'autonomia per un verso, l'ulteriore infittirsi dei vincoli di solidarietà in seno alla Comunità internazionale e all'Unione europea per un altro (l'esempio del fenomeno delle migrazioni di massa e dei modi della sua gestione, che dovrebbe aversi in spirito di "leale cooperazione" ad opera di tutti gli enti operanti sul territorio).* – 4. *Il concorso che tutti i principi fondamentali danno alla conformazione dell'identità costituzionale dello Stato così come dell'Unione, da cui naturalmente discende il bisogno di far crescere a un tempo (e paritariamente) tanto il principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale quanto quello di autonomia.*

1. *Il carattere composito del rapporto tra Unione europea e autonomie territoriali, bisognoso di essere osservato da entrambi i poli tra i quali si intrattiene e svolge, e la natura sfuggente dell'Unione, refrattaria ad essere qualificata alla luce degli schemi della tradizione teorica, con specifico riguardo a quello di sovranità*

Siamo oggi chiamati a discutere dei possibili sviluppi dell'Unione europea e del ruolo che le autonomie territoriali possono giocare in ordine al loro orientamento ed al complessivo modo di essere. Desidero tuttavia far subito notare che il titolo dato alla nostra tavola rotonda mette in mostra solo una delle due facce di un fenomeno che, in realtà, si presenta maggiormente articolato e complesso¹. Il rapporto tra Unione europea e autonomie territoriali può essere, infatti, riguardato da entrambi i poli tra i quali intercorre; e, così come si può fare oggetto di studio il concorso dato dalle autonomie all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, si può (e si deve) altresì verificare quale apporto può il processo stesso dare alla salvaguardia dell'autonomia degli enti territoriali minori, a partire proprio dalle Regioni ed enti a queste similari presenti in ordinamenti diversi dal nostro.

Avverto subito che, a mia opinione, non c'è molto da sperare, perlomeno alla luce dell'esperienza ad oggi invalsa e per il caso che le più vigorose tendenze in questa affermatesi dovessero ulteriormente radicarsi nel prossimo futuro. E, invero, tanto che si riguardino i rapporti in discorso dall'uno ovvero dall'altro angolo visuale si hanno indicazioni non confortanti circa i possibili sviluppi istituzionali, in ambito sovranazionale così come in ambito interno.

E infatti.

L'Unione seguita ad essere un oggetto misterioso, indecifrabile, sfuggente, tant'è che se ne sono date varie e reciprocamente distanti qualificazioni². Non si sa, innanzi tutto, come qualificarla,

* Testo rielaborato (e corredato di minime indicazioni bibliografiche) di un intervento alla tavola rotonda su *Presente e futuro dell'Unione europea: il ruolo delle autonomie territoriali*, nell'ambito del II Convegno di studio di [Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali](#), dedicato a *Autonomie territoriali e Unione europea*. Fonti, istituzioni, diritti, Roma 20 settembre 2017. A questa data lo scritto è aggiornato.

¹ Ne ho fatto oggetto di studio, per taluni aspetti, nel mio *Integrazione europea e autonomia regionale: un ossimoro costituzionale?*, in [Diritti regionali](#), 1/2017, 3 novembre 2016, 50 ss. Più di recente, G. RIVOSECCHI, *Gli effetti del processo di integrazione europea sulle autonomie territoriali*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 30 luglio 2017.

² Un chiaro quadro di sintesi delle tesi prospettate a riguardo della natura giuridica dell'Unione può vedersi in L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014, spec. 96 ss.

perlomeno ricorrendo alle categorie di cui usualmente si avvale la teoria costituzionale: nell'alternativa tra il considerarla un ente "autonomo" ovvero uno "sovrano", quest'ultima parrebbe essere l'etichetta giusta, seppur col costo di un sensibile scostamento dagli schemi invalsi nella tradizione teorica dei Paesi di liberaldemocrazia. Il vero è che sono ormai "saltati" tutti gli schemi di un tempo, a partire da quello con cui si denota e qualifica la Costituzione. Con ogni probabilità, infatti, nella presente congiuntura ciò che, ancora in un non remoto passato, era unico ed irripetibile richiede ormai di essere declinato al plurale. Si è ormai parcellizzata l'idea di Costituzione, accanto alla Costituzione nazionale disponendosi una Costituzione che fa capo all'Unione³ e, tendenzialmente, alla stessa Comunità internazionale, di cui rendono emblematica testimonianza le Carte che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali, vale a dire quei documenti che, secondo la efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, della Costituzione danno appunto l'essenza. E si è altresì moltiplicata e redistribuita la sovranità, che gli Stati ormai condividono con l'Unione (e, in modi ancora diversi, con la stessa Comunità internazionale), secondo riparti mobili di competenze connotati da una crescente avocazione all'alto di quote rilevanti di sovranità un tempo stabilmente detenute dagli Stati⁴.

Questo *trend* parrebbe inarrestabile. Sarebbe tuttavia affrettato e, con ogni probabilità, forzato ricavarne che l'Unione gode ottima salute, disponendo di poteri e strumenti un tempo considerati di esclusiva spettanza degli Stati. Il vero è che sia questi che quella, pur potendosi dire (con le opportune precisazioni) entrambi "sovrani", versano in uno stato di palese sofferenza e vanno incontro a vincoli e condizionamenti, interni ed esterni, di considerevole intensità. È il contesto complessivo in cui tutti gli enti sono immersi a portare a quest'esito ad oggi connotato da fluidità di movenze e opacità di tratti e, perciò, bisognoso di essere esplorato come si conviene in molti profili di non secondario rilievo.

Una crisi economica senza precedenti, il terrorismo internazionale, migrazioni di massa ormai incontenibili, tensioni sociali viepiù accentuate e pretese di singoli e gruppi vigorosamente, seppur talora confusamente, avanzate, unitamente ad altri fattori ancora, concorrono a mettere a nudo strutturali carenze della Comunità internazionale, dell'Unione, degli Stati a far fronte a problemi d'inusitata gravità che, lungi dal trovare una qualche, seppur parziale, soluzione, parrebbero acuirsi sempre di più.

Non è, dunque, a caso se circola ormai da tempo e va ulteriormente radicandosi l'idea che quello presente sia un tempo senza sovrano o sovrani⁵, che poi non è altro che un modo diverso per

³ Della Costituzione europea si è animatamente discusso – come si sa – qualche anno addietro, in occasione della elaborazione dello sfortunato "trattato costituzionale". Che, nondimeno, già prima come pure oggi, l'Unione abbia una sua "Costituzione" (in senso materiale) – checché se ne dica da parte di quanti si ostinano a negarla – non par dubbio (maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, cit., 1 ss.).

⁴ Indicazioni a riguardo di questa vicenda tuttora in corso e dall'andamento per molti versi incerto e sfuggente, ora, in A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss., spec. 142 ss., e A. GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2 agosto 2017.

⁵ Cfr. i divergenti punti di vista di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, e M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, entrambi in *Riv. dir. cost.*, 1996, rispettivamente 3 ss. e 124 ss. Del primo, v. anche gli altri scritti riuniti in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005 e, quindi, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1/2015, spec. 57 ss.; del secondo, tra gli altri scritti, di recente, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 15 aprile 2016. Sul pensiero di Silvestri, varî punti di vista sono stati espressi, tra gli altri, da L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s. A quest'ultimo studioso si deve un'approfondita riflessione sulla sovranità, svolta in numerosi scritti, tra i quali, in forma organica, il *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994. Di notevole spessore teorico, poi, di recente, i contributi (tra i quali quelli di A. Morrone e C. Salazar, sopra cit.) al XXXI Convegno AIC,

rappresentare un quadro costituito da una sovranità parcellizzata e complessivamente divisa tra plurimi centri istituzionali, alcuni dei quali occulti ovvero incontrollabili e sfuggenti ad ogni forma di sistemazione teorica.

L'Unione europea appare, poi, al proprio interno soggetta a spinte e contropinte dalla varia intensità e complessiva connotazione. Per un verso, è da se medesima sollecitata ad ulteriori avanzamenti dell'integrazione sovranazionale, che portano all'effetto della graduale erosione di quote viepiù consistenti di sovranità a detrimento degli Stati. Per un altro verso, però, sembra essere ogni giorno sul punto di sfaldarsi e dissolversi⁶: la *Brexit* ne è stata solo una delle più eloquenti testimonianze in tal senso⁷. Ad essa va oggi aggiunta la ricorrente e diffusamente circolante idea di dar spazio a vincoli di solidarietà tra gli Stati variabili, espressivi di una Unione "a più velocità", secondo una sua efficace, seppur non scevra di ambiguità, rappresentazione metaforica⁸: una formula, questa, che conferma *per tabulas* la difficoltà (e, forse, la vera e propria impossibilità) di tenere uniti allo stesso modo Stati troppo diversi per sviluppo economico e caratteri politico-istituzionali, oltre che per la vocazione a dismettere antiche consuetudini culturali proprie dello Stato nazionale (non tutti, come si sa, sono "europeisti" allo stesso modo).

Alla luce delle succinte notazioni appena svolte, riuscire a fare, dunque, chiarezza in seno ad un quadro gravato da molte incognite e ombre minacciose, cercando di stabilire quali possano essere i prossimi sviluppi della vicenda istituzionale dell'Unione appare assai arduo, forse francamente temerario.

2. Il complessivo ripensamento dell'autonomia sollecitato dal presente contesto internazionale e sovranazionale, che ha portato ad un sensibile impoverimento del patrimonio funzionale degli enti territoriali minori, cui ha dato altresì un fattivo concorso la crisi economica in atto, dalla quale è venuta una spinta vigorosa nel verso dell'accentramento

Questo stato di cose, riscontrabile al piano delle relazioni interordinamentali, non è peraltro senza conseguenze in ambito interno.

svoltosi a Trento l'11 e 12 novembre 2016, su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*. V., inoltre, il corposo saggio di S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 247 ss.

⁶ Discorrere di un'Europa in crisi è ormai diventato un luogo comune, caricato di plurimi e non di rado discordanti significati; non si dimentichi, tuttavia, che le ricorrenti, pessimistiche previsioni circa i possibili sviluppi e l'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale sono state – perlomeno fin qui – smentite dalla storia; e, salvo a pensare che gli Stati membri dell'Unione vogliano far luogo ad un autentico suicidio politico-istituzionale, è da sperare che, seppur in modo sofferto e discontinuo e in forme ad oggi imprevedibili, il processo stesso si porterà avanti (si è fatto, non molto tempo addietro, il punto al riguardo nei contributi che sono nel fasc. 3/2016 della *Riv. trim. dir. pubbl.*, nonché, più di recente, negli altri al convegno su *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, svoltosi, a cura di A. Ciancio, a Catania il 31 marzo e 1 aprile 2017, ospitati da Federalismi.it. Infine, M. CARTABIA, *Presente e futuro dell'Europa. Una conversazione*, in *Il Federalista*, 1/2017, 73 ss., a cui opinione "le crisi non fanno paura all'Europa, perché la crisi è un fattore dinamizzante e mantenere in movimento la storia dell'Europa significa rimanere fedeli alle sue origini e facendole mantenere lo status di pellegrino che si stanca, ma riprende incessantemente il cammino".

⁷ Si è fatto il punto sugli effetti conseguenti al referendum che ha deciso la *Brexit* in occasione del convegno su *Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?* svoltosi per iniziativa di Federalismi.it a Roma il 23 giugno 2017, i cui Atti sono in Federalismi.it, 16/2017, 9 agosto 2017; inoltre, G. CARVALE, *A family of nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e brexit*, Jovene, Napoli 2017.

⁸ L'ipotesi è stata prospettata nel *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*, curato dalla Commissione, 1 marzo 2017, ed è stata quindi ripresa in occasione del vertice di Versailles del 6 marzo scorso, cui hanno preso parte Francia, Germania, Italia e Spagna, per essere infine enunciata, seppur in forma più sfumata, nella Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017 dei 27 capi di Stato e di Governo, del Presidente del Parlamento europeo e del Presidente della Commissione. Un vigoroso rilancio del processo d'integrazione sovranazionale si è, nondimeno, avuto col discorso sullo stato dell'Unione fatto dal Presidente della Commissione, C. Juncker, il 14 settembre scorso davanti al Parlamento europeo.

Anche l'etichetta di "autonomia", al pari di quella di sovranità, versa oggi in una condizione di palese sofferenza e richiede un complessivo ripensamento degli schemi teorici, elaborati da una sensibile e generosa dottrina, coi quali, fino a non molti anni addietro, se n'è avuto l'inquadramento e la definizione⁹.

Ora, questi schemi si ponevano quale il frutto di letture parziali e – come dire – "ottimistiche" del dettato costituzionale, rimarcando e, forse, enfatizzando oltre misura significati e portata di alcuni enunciati e lasciandone in ombra altri¹⁰; e, invero, il modello consegnatoci dalla Carta esibiva (così come, d'altronde, esibisce anche quello in atto vigente) interne oscillazioni, incertezze, aporie di costruzione, aprendosi quindi – forse, in misura eccessiva – all'esperienza ed alle sue mutevoli manifestazioni: dava, cioè, modo all'esperienza stessa di farsi modello, immettendosi con centralità di ruolo nel "contenitore" costituzionale¹¹. La qual cosa, ad ogni buon conto, non autorizzava né autorizza a dedurre la esasperata conseguenza secondo cui la Carta restava (nella sua originaria formulazione) e resta (pur dopo la novella del 2001), in buona sostanza, "muta", disponendosi docilmente alla sua incessante riconformazione ad opera dei governanti di turno e, in ultima istanza, degli organi di garanzia (Corte costituzionale in testa), se chiamati a dirimere controversie tra Stato e Regioni. E ciò, dal momento che il linguaggio costituzionale delimita pur sempre – dove più dove meno – l'area entro cui ne vanno ricercati i significati possibili, congrui rispetto ai bisogni maggiormente avvertiti e meritevoli di appagamento.

Sta di fatto che le innegabili carenze del linguaggio stesso hanno, senza dubbio, agevolato (e, comunque, non hanno ostacolato) il formarsi di indirizzi fortemente compressivi per l'autonomia.

Con specifico riguardo al campo di esperienza qui specificamente rilevante, fattori di contesto plurimi e dalla varia connotazione hanno portato all'esito di un complessivo e significativo impoverimento del patrimonio funzionale delle autonomie, non compensato se non in minima parte dal rinvigorimento del ruolo giocato dalle Regioni in fase ascendente, che nei fatti ha inciso in non considerevole misura sulla conformazione degli atti dell'Unione¹². E va detto senza giri di parole che all'esito suddetto ha dato un fattivo, seppur alle volte involontario, concorso proprio l'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale unitamente all'aggravarsi della crisi economica che ha obbligato all'adozione di misure draconiane, stringenti per la sovranità dello Stato e, di riflesso, per l'autonomia degli enti territoriali minori, a partire appunto dalle Regioni¹³.

L'affermazione appena fatta richiede alcune precisazioni.

La prima concerne il carattere del concorso suddetto. L'Unione non si è, per vero, trattenuta in più occasioni dall'indicare il livello istituzionale al quale i propri atti (e, segnatamente, le direttive)

⁹ Mi piace fare qui nuovamente richiamo, unitamente ai poderosi contributi di S. Romano, G. Zanobini, M.S. Giannini, della raffinata ed appassionata riflessione teorica del mio compianto Maestro, T. MARTINES, del quale v., almeno, lo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, apparso nella *Riv. trim. dir. pubbl.* del 1956, 100 ss. [sulla lezione martinesiana numerosi contributi sono in [Diritti regionali](#), 3/2016].

¹⁰ Basti solo pensare a quell'autentica mina vagante che era la previsione dell'interesse nazionale che, se fatta valere secondo la sua genuina intenzione davanti alle Camere, avrebbe potuto prestarsi a strumentali e gravi mortificazioni dell'autonomia (le quali, peraltro, ugualmente si sono avute, almeno in parte, per effetto della sua innaturale trasposizione dal piano del merito a quello della legittimità); o, ancora, alla formula sibillina con cui veniva (e viene) espresso il contenuto tipico delle leggi statali di potestà ripartita, ai limiti della potestà primaria (essi pure connotati da somma vaghezza concettuale), alle etichette relative alle materie, ecc.

¹¹ Ne ho, ancora da ultimo, trattato nel mio *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, e già in altri scritti.

¹² Fa ora il punto sullo stato delle cose G. RIVOSECCHI, *Gli effetti del processo di integrazione europea sulle autonomie territoriali*, cit., spec. 8 ss.; nella dottrina anteriore, v., part., F. PATERNITI, *Legislatori regionali e legislazione europea. Le prospettive delle Regioni italiane nella fase ascendente di formazione del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giappichelli, Torino 2012.

¹³ Ho di recente toccato il punto nel mio scritto da ultimo cit. In argomento, tra gli altri, S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in AA.VV., *Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, Napoli 2015, 55 ss., e, ora, G. RIVOSECCHI, *op. ult. cit.*, 19 ss.

avrebbero dovuto essere attuati in ambito interno¹⁴, penalizzando il più delle volte l'autonomia, nell'assunto – tutto da dimostrare – che una uniforme attuazione data dall'apparato centrale dello Stato sarebbe stata maggiormente adeguata ed efficace di quelle, plurime e diversificate, apprestate dagli enti territoriali minori, senza che peraltro sia mai stato chiarito sulla base di quali studi o ragionamenti questo convincimento, fortemente radicato, si sia formato. Quando poi nessuna indicazione si è avuta da parte dell'Unione, è stato lo Stato, per bocca degli organi della direzione politica e non di rado col generoso avallo della giurisprudenza costituzionale, ad avocare al centro ciò che avrebbe potuto (e dovuto) essere rimesso alla periferia. L'intensificarsi dei vincoli discendenti dagli atti eurounitari ha, dunque, comportato (e comporta) una vistosa alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze, malgrado la più avvertita dottrina abbia da tempo segnalato che il rispetto di quest'ultimo può ben conciliarsi con gli impegni ai quali l'ordinamento interno è chiamato per effetto della sua appartenenza all'Unione.

La crisi economica ha, poi, dato una sensibile accelerazione a questo processo; ed è singolare come proprio in una stagione fortemente segnata dalla crisi stessa si sia pensato di poter far luogo ad una nuova, organica (o quasi...) riscrittura della Carta ad opera del disegno Renzi-Boschi che, secondo l'intenzione di chi lo ha messo a punto, avrebbe piuttosto dovuto valorizzare in forme nuove l'autonomia (sacrificata – è vero – sul fronte del riparto delle materie ma – secondo l'intenzione dell'autore della riforma¹⁵ – promossa e finalmente appagata per il tramite del rifacimento della seconda Camera). Davanti a questo stato di cose, la dottrina è rimasta disorientata, alcuni schierandosi a spada tratta a favore delle innovazioni in parola ed altri, con pari decisione, ad esse opponendosi.

Non importa, ovviamente, ora riprendere neppure i termini essenziali di un dibattito che si è sempre più stancamente trascinato fino allo svolgimento della prova referendaria e persino oltre. Ambiguità ed incertezze di dettato davano invero fiato e alimento agli argomenti degli uni e degli altri, che nondimeno avrebbero poi dovuto superare, in caso di esito fausto della riforma, la prova del nove del loro impatto con l'esperienza. E quest'ultima – si convenga – è fin qui maturata nel segno di una complessiva e vistosa contrazione dell'autonomia o, diciamo pure, della sua pressoché sistematica mortificazione, cui – come si diceva – non è rimasta estranea la giurisprudenza. Basti solo tenere a mente i non pochi casi in cui si è fatto luogo a problematici bilanciamenti tra il riparto costituzionale delle competenze (che, in talune vicende, avrebbe giocato a favore dell'autonomia) e alcuni diritti (specie in ambito economico o, più largamente, economico-sociale) il cui appagamento – a dire del giudice delle leggi – avrebbe richiesto il pur momentaneo accantonamento del riparto suddetto (emblematicamente, la [sent. n. 10 del 2010](#), con riguardo alla *social card*¹⁶). Ed è allora nuovamente da chiedersi cosa mai possa far pensare che questo *trend*, nel complesso fortemente penalizzante per l'autonomia, possa nel prossimo futuro ricevere una pur parziale correzione di rotta.

3. La necessità di far fronte ai problemi viepiù complessi posti dal tempo presente attraverso la riscoperta dell'autonomia per un verso, l'ulteriore infittirsi dei vincoli di solidarietà in seno alla Comunità internazionale e all'Unione europea per un altro (l'esempio del fenomeno delle migrazioni di massa e dei modi della sua gestione, che dovrebbe aversi in spirito di "leale cooperazione" ad opera di tutti gli enti operanti sul territorio)

¹⁴ Indicazioni in P. ZUDDAS, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e regioni*, Cedam, Padova 2010, e, ora, nella relazione al nostro Convegno di A. CARDONE, dal titolo *L'incidenza degli atti normativi dell'Unione Europea sulle fonti delle autonomie territoriali*, in *paper*.

¹⁵ ... un'intenzione verosimilmente fin troppo ottimistica, considerate le non poche carenze linguistiche e concettuali esibite dal testo di riforma licenziato dalle Camere, sulle quali nondimeno non ha più significato qui insistere, essendo stato bell'e sepolto dal voto referendario del dicembre scorso.

¹⁶ Va, nondimeno, avvertito che la giurisprudenza ha manifestato sul punto vistose oscillazioni, avendo talora dichiarato (ad es., in sentt. [nn. 39 del 2013](#) e [99 del 2014](#)) essere indisponibili le norme costituzionali sulla normazione.

In realtà, si impone, a mio modo di vedere, un mutamento di mentalità, di modo di accostarsi alla questione qui nuovamente discussa, prima ancora di affacciarne questa o quella soluzione di merito. E, invero, proprio l'acuirsi della crisi e il carattere viepiù imponente dei problemi che hanno in essa la loro principale ragion d'essere avrebbe potuto (e dovuto) portare alla riscoperta dell'autonomia e al suo sostanziale, proficuo utilizzo in vista del pur parziale superamento dei problemi stessi, come pure all'intensificarsi dei vincoli di solidarietà in seno alla Comunità internazionale e all'Unione europea.

Si pensi, ad es., alla drammatica questione relativa alla gestione dei migranti. Un terreno questo sul quale si misura e verifica il grado di solidarietà effettiva, non meramente dichiarata o di facciata, degli Stati membri dell'Unione, così come di questa verso quelli, e, ancora, degli enti territoriali minori, nei rapporti tanto *inter se* che con lo Stato.

Senza dire ora *ex professo* di una vicenda particolarmente complessa, che va svolgendosi tra non poca confusione ed approssimazione, è di tutta evidenza che nessun ente, neppure il più attrezzato e dotato, può portare da solo sulle proprie spalle il peso così gravoso dei problemi che fanno capo al fenomeno migratorio: un onere che va piuttosto spartito tra tutti gli enti, ovviamente in proporzione delle capacità di ciascuno e in conformità ai riparti di competenza stabiliti nel trattato di Lisbona, per l'un verso, e nella Costituzione, per l'altro.

L'esempio appena fatto è, dunque, emblematico del ruolo che gli enti territoriali minori (da noi, particolarmente Regioni e Comuni) possono giocare dando testimonianza di solidarietà e concorrendo all'ulteriore diffusione e al radicamento della solidarietà stessa sia in ambito interno che a quello sovranazionale. Condizione, tuttavia, perché quest'obiettivo risulti centrato è che si superino, a tutti i livelli istituzionali, antichi timori, vere e proprie diffidenze, egoismi diffusi ed esasperati¹⁷. È singolare che si dimentichi il dato di palmare evidenza, peraltro a parole universalmente riconosciuto, secondo cui i principi fondamentali *simul stabunt vel simul cadent*. Per ciò che qui più da presso interessa, il principio di unità-indivisibilità della Repubblica non soltanto fa tutt'uno col principio di autonomia, fino a divenire una sola cosa (l'autonomia avendo senso unicamente entro la cornice dell'unità, così come questa solo con la valorizzazione di quella), ma fa altresì "sistema" – qui è il punto – col principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11. Ciascuno di tali principi e tutti assieme, poi, hanno teorico e pratico senso solo nel loro porsi al servizio dei valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), valori – è appena il caso qui di rammentare¹⁸

¹⁷ Sta proprio qui – com'è chiaro – la ragione che ha portato a deludenti, per non dire sconfortanti, applicazioni dei non esigui richiami alla solidarietà presenti nel trattato di Lisbona.

¹⁸ In realtà, il punto non è ad oggi in modo fermo fissato, sol che si considerino, da un lato, gli orientamenti di certa dottrina volti a distinguere tra cittadini e non cittadini in ordine al godimento di alcuni diritti di libertà o del diritto all'eguaglianza e, dall'altro, le perduranti resistenze ed oscillazioni della giurisprudenza, che nondimeno appare sempre di più portata all'assimilazione del trattamento, quanto meno con riferimento alla condizione degli stranieri stabilmente residenti nel territorio dello Stato [su tutto ciò, con specifico riguardo ad immigrati e migranti, indicazioni di vario segno possono aversi, tra i molti altri contributi, da G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli 2007, spec. 266 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli 2010, 163 ss.; A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci, Jovene, Napoli 2011, 367 ss.; G. BASCHERINI - A. CIERVO, *I diritti sociali degli immigrati*, in AA.VV., *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, a cura di C. Pinelli, Passigli, Firenze 2012, 17 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni*, in AA.VV., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi - F. Biondi Dal Monte - M. Vrenna, Il Mulino, Bologna 2013, 229 ss. e, della stessa, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *R.it, Focus Human Rights*, 3/2014, 24 ottobre 2014; AA.VV., *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I e II, a cura di F. Rimoli, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015; AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; AA.VV., *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, a cura di C. Panzera - A.

– che si appuntano in capo ad ogni essere umano, specie alle persone maggiormente vulnerabili ed esposte e, proprio per ciò, bisognose di particolari attenzioni. Di qui, la necessità di prestazioni viepiù onerose a beneficio di tali persone, specie nella presente congiuntura segnata da vincoli stringenti provenienti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea, e, per ciò, la necessità di un concorso fattivo apprestato, al fine del conseguimento dello scopo, in spirito di “leale cooperazione” da tutti gli enti stanziati sul territorio, oltre che da formazioni sociali di vario genere, specie da quelle che hanno appunto nella solidarietà la loro ragion d'essere.

La questione relativa alla gestione del fenomeno migratorio dà poi ulteriore conferma di un bisogno il cui appagamento non è ormai più procrastinabile: quello di articolare al proprio interno il sistema delle autonomie dotando ogni ente di un patrimonio di funzioni differenziato, congruo rispetto alla posizione geografica dell'ente stesso (e, perciò, in buona sostanza, alla vocazione del suo territorio) ed alla tipicità degli interessi che ad esso fanno capo. Non si tratta, dunque, di riprodurre stancamente ed artificiosamente l'attuale sistema duale di autonomia, magari spingendo vigorosamente in avanti la specialità, che versa in grave ritardo rispetto alla riforma del Titolo V operata nel 2001. Si tratta, di contro, nel quadro di una generale opzione per un modello di specialità diffusa¹⁹, di dotare soprattutto le Regioni che si trovano in prima linea a far fronte alle migrazioni di massa di strumenti e risorse adeguati a dar loro modo di concorrere a dare la prima accoglienza alle persone soccorse in mare, in

Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, a cura di G. Moschella e L. Buscema, Aracne, Roma 2016 (e, part., *ivi*, G. MOSCHELLA, *Immigrazione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, 13 ss., e A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della diversità nelle politiche di inclusione sociale in materia di immigrazione: l'orientamento della Corte costituzionale*, 121 ss.); M. LOSANA, “Stranieri” e principio costituzionale di uguaglianza, in [Rivista AIC](#), 1/2016, 29 febbraio 2016; S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2016; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 41 ss.; P. CHIARELLA, *Il terzo incluso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in [Federalismi.it](#), 7/2017, 5 aprile 2017; infine, i contributi al convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, Siracusa 4 maggio 2017 (tra i quali, part., quelli di A. ALBANESE, *Non discriminazione, uguaglianza e ragionevolezza nella garanzia dei diritti sociali degli immigrati. L'approccio della Corte EDU e della Corte costituzionale*; V. BERLINGÒ, *Il trattenimento degli immigrati irregolari e l'humanitas nella 'fondamentalità' nei 'diritti'*, e R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, ora anche in [Federalismi.it](#), 14/2017, 12 luglio 2017). In prospettiva di diritto comparato, G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Cedam, Padova 2012, e E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri. Profili comparatistici*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016].

Dal mio canto, mi sono già in altri luoghi (tra i quali, [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2016/II, 30 giugno 2016, 263 ss.) dichiarato dell'idea che la soluzione della non discriminazione, in ordine al godimento dei diritti fondamentali come pure all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, naturalmente e linearmente discenda e s'imponga in forza della previa definizione accolta di ciò che sono i diritti in parola, intesi quali bisogni elementari dell'uomo – e, dunque, di ogni essere umano – senza il cui appagamento non si avrebbe una esistenza libera e dignitosa.

¹⁹ ... a favore della quale mi sono già più volte dichiarato (a partire da *Prospettive di una «specialità» diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, n. 6/2000, 845 ss.). Ancora di recente, è tornato a soffermarsi sugli effetti perversi discendenti da un piatto ed incolore regionalismo dell'uniformità L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, 36 ss.

Profitto dell'opportunità oggi offertami per ribadire un convincimento che coltivo dentro di me da tempo, e cioè che il disegno costituzionale era (ed è) – se posso esprimermi con franchezza – sbagliato, irragionevole, per il fatto stesso di dar vita ad un modello rigido o, diciamo pure, ingessato, fondato sull'articolazione dell'autonomia quale speciale e ordinaria. Si dava (e si dà), infatti, un vistoso scollamento tra i principi fondamentali (e, segnatamente, quello di cui all'art. 5, nel suo fare “sistema” con gli artt. 2 e 3) e i loro svolgimenti nel Titolo V (e negli statuti speciali): quelli sollecitando la promozione dell'autonomia – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto – e, per il tramite di questa, l'appagamento dei bisogni tipicamente emergenti nei territori regionali, specie di quelli maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale; questi, di contro, appiattendolo la condizione di enti comunque diversi, tutti innaturalmente (irragionevolmente, appunto) riportati sotto la cappa soffocante di un unitario regime fissato nella Carta per le Regioni ordinarie.

vista quindi della loro distribuzione secondo criteri di equità e, appunto, solidarietà sia all'interno del territorio nazionale che tra gli Stati membri dell'Unione²⁰.

È chiaro che un fenomeno così imponente richiede una regia internazionale e sovranazionale; ed è perciò soprattutto l'Unione che deve assumersi fino in fondo le proprie responsabilità al riguardo, senza naturalmente che possano dirsi sgravati gli Stati e gli enti operanti al loro interno delle responsabilità sugli stessi specificamente gravanti²¹.

In questo quadro, si può altresì prendere in considerazione l'ipotesi di differenziare il ruolo delle Regioni (ed enti simili presenti in altri Stati) anche presso l'Unione, facendo sì che quelle (o quelli) possano far sentire la loro voce e rappresentare i loro peculiari bisogni in seno all'organizzazione eurounitaria più e meglio di come possano fare altri enti della loro medesima specie (la qual cosa – è appena il caso qui di segnalare di passaggio – richiede un complessivo ripensamento del Comitato delle Regioni, in struttura e funzioni, ad es. stabilendosi che i suoi pareri possano essere superati unicamente con una maggioranza aggravata rispetto a quella usualmente prescritta²²). Si può, ancora, immaginare che tutto ciò debba avere in ambito interno il luogo elettivo in cui prendere forma, senza poi differenziare la condizione degli enti in ambito sovranazionale.

Non è di qui approfondire una questione particolarmente complessa, il cui esame dovrebbe essere dunque demandato ad uno studio ad essa specificamente dedicato. Le notazioni ora succintamente svolte con riguardo ad un tema di scottante attualità, nondimeno, dimostrano che occorre rifuggire da schemi rigidi per struttura e complessiva connotazione, facendo piuttosto luogo a soluzioni flessibili e varie, congrue in ragione della tipicità degli interessi cui si riferiscono ed ispirate ai principi di sussidiarietà e ragionevolezza. Tutti i fronti, ad ogni buon conto, vanno battuti, quello sovranazionale come pure quello interno, ovunque offrendo l'opportunità sia all'Unione che alle autonomie territoriali di far valere le istanze di cui sono portatrici.

L'Unione può, infatti, essere forte se sono forti le autonomie e queste, a loro volta, possono avere da quella le sollecitazioni e il sussidio di cui hanno nondimeno bisogno per la loro crescita ed affermazione.

4. Il concorso che tutti i principi fondamentali danno alla conformazione dell'identità costituzionale dello Stato così come dell'Unione, da cui naturalmente discende il bisogno di far crescere a un tempo (e paritariamente) tanto il principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale quanto quello di autonomia

Come si diceva poc'anzi, nella Carta trovano posto tanto il principio di apertura al diritto avente origine esterna quanto il principio di autonomia nella cornice dell'unità (o, se si preferisce altrimenti dire, dell'unità grazie alla promozione dell'autonomia, e non già, insensatamente, col costo di questa). Tutti i principi, poi, per il solo fatto di porsi quale la più genuina, diretta, ed espressiva rappresentazione dei valori pregiudiziali in nome dei quali l'ordinamento statale si è rigenerato dopo

²⁰ Degna di nota è la recente pronuncia della Corte di giustizia (Grande Sezione, 6 settembre 2017, in cause riunite [C-643/15 e C-647/15](#)) con cui è stato sanzionato il comportamento di alcuni Paesi dell'Est dichiaratisi indisponibili a dare accoglienza ai migranti provenienti da Grecia e Italia.

²¹ Si attende alla prova l'*Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean Route and increase solidarity*, presentato dalla Commissione il 4 luglio 2017, SEC(2017) 339.

²² Questa proposta è affacciata nel mio *Prospettive del regionalismo in Italia*, cit., ult. par. Sul bisogno di dare nuova linfa agli organi di partecipazione regionale in ambito interno come pure in ambito sovranazionale, tra i quali appunto il Comitato suddetto, v. anche A.M. CITRIGNO, *La riforma del bicameralismo paritario e del Titolo V Cost. Quale prospettiva per il sistema delle Conferenze?*, in AA.VV., *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 107 ss., spec. 120 ss.; A. RANDAZZO, [La rappresentanza delle Regioni e l'insufficienza dei tradizionali organismi di concertazione \(in particolare, la Conferenza Stato-Regioni e il Comitato delle Regioni\). Prime osservazioni](#), in questa *Rivista, Studi*, 2017/I, 24 gennaio 2017, 41 ss., spec. 51, e, ora, G. RIVOSECCHI, *Gli effetti del processo di integrazione europea sulle autonomie territoriali*, cit., 5 ss.

l'immane tragedia del secondo conflitto bellico e la caduta dei regimi autoritari che se ne sono resi responsabili, concorrono in pari misura a fare ed incessantemente rinnovare l'identità costituzionale della Repubblica, la quale può dunque crescere e trasmettersi anche alle generazioni che verranno unicamente se ciascun principio fondamentale e tutti assieme riceveranno il loro congruo appagamento.

Questa conclusione vale, *mutatis mutandis*, anche per l'Unione, dal punto di vista di questa e per l'effetto della sua valorizzazione. Anche l'Unione ha infatti una sua identità – possiamo ormai dire – *costituzionale*, risultante dai trattati. Ebbene, tra i principi che ne danno la complessiva conformazione vi è – come si sa – anche quello, di cui all'art. 4.2 TUE, che vuole salvaguardati i principi di struttura degli ordinamenti nazionali, con specifico riguardo – è esplicitamente, non a caso, sottolineato – al sistema delle autonomie²³.

L'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale non può dunque immaginarsi come disgiunta dalla promozione delle autonomie, perlomeno in quegli Stati – come il nostro – in cui ciò risponde ad un preciso imperativo costituzionale, che non tollera rinunzie o eccezioni di sorta.

Non spetta a me, perlomeno in questa sede, affacciare proposte di soluzioni organizzative idonee a dare forma a questa indicazione teorica. Qui, mi contento solo di aver ribadito il mio fermo convincimento che l'Unione non può portarsi avanti nel suo pur sofferto ed incerto cammino facendo a meno delle autonomie e che la violazione del principio enunciato nell'art. 5 della Carta ridonda in modo immediato e diretto in violazione dell'art. 4.2. Allo stesso tempo, anche le autonomie hanno bisogno di tenersi dall'Unione e dalla stessa Comunità internazionale, il principio dell'art. 5 facendo “sistema” – come si è veduto – col principio di cui agli artt. 10 e 11 e tutti assieme rinvenendo il loro fine e confine negli artt. 2 e 3.

Purtroppo, come molti esempi antichi e recenti testimoniano²⁴ tarda a prendere forma e a radicarsi tanto in ambito di Unione quanto in ambito nazionale l'idea che la salvaguardia dell'identità costituzionale della Repubblica non può aversi senza la salvaguardia dell'identità dell'Unione, e viceversa. Il nodo della questione oggi nuovamente discussa non sta dunque al piano delle soluzioni organizzative: è piuttosto un nodo – come dire? – *culturale*, che richiede certi tempi prima che venga a maturazione la consapevolezza diffusa tra gli operatori della necessità di dar modo a tutti i principi,

²³ Stranamente dimenticato o, comunque, messo in ombra il principio in parola nel “diritto eurounitario vivente”, secondo quanto ad es. testimoniano i casi *Melloni* e *Taricco*. Il suo rilievo è, nondimeno, rimarcato dalla più avvertita dottrina, seppur nel quadro di ricostruzioni teoriche divergenti per impostazione e svolgimenti (tra gli altri, v. A. VON BOGDANDY - S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common mark. law rev.*, 48/2011, 1417 ss.; G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. 206 ss. e, dello stesso, ora *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 241 ss.; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook Eur. Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, 23 ss.; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in Federalismi.it, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in AA.VV., *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Giuffrè, Milano 2015, 119 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, 729 ss.).

²⁴ ... tra i quali, emblematicamente espressiva di un *animus* connotato da un “patriottismo” o, peggio, “nazionalismo” costituzionale esasperato, radicato tanto in ambito interno quanto in ambito sovranazionale, è la vicenda *Taricco*, sopra già richiamata.

congiuntamente e paritariamente, di potersi affermare, radicandosi in un terreno allo scopo opportunamente dissodato e coltivato.

Chiudo, manifestando il timore che oggi questa consapevolezza non sia ancora venuta ad emersione e che però senza di essa né il diritto eurounitario né l'autonomia potranno avere un futuro, perlomeno uno più clemente del non esaltante presente.

Martina Maria Minincleri

Il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali, tra ruolo “legislativo” della Consulta, “moniti” al Parlamento ed ipotesi di introduzione del controllo preventivo

SOMMARIO: 1. *L'ammissibilità della questione: un déjà vu?* – 2. *Introduzione de facto circa il ricorso preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato?* – 3. *L'incostituzionalità del ballottaggio (non in sé, ma) siccome formulato dalla legge n. 52 del 2015.* – 4. *L'incostituzionalità della scelta arbitraria dei capilista bloccati circa il collegio in cui essere eletti (cenni).* – 5. *Considerazioni finali: la normativa di risulta e lo scenario di una nuova legge elettorale.*

1. *L'ammissibilità della questione: un déjà vu?*

Com'è noto, nel sistema giuridico italiano il giudizio di legittimità costituzionale è prevalentemente “successivo” ed “incidentale”¹, ed il corrispondente meccanismo s'avvia soltanto qualora il giudice *a quo* valuti positivamente la presenza dei due requisiti stabiliti dall'art. 23 della legge 87 del 1953: la *rilevanza* e la *non manifesta infondatezza* ed abbia esperito inutilmente il tentativo, di derivazione pretoria, di interpretazione conforme. Per quanto qui ci riguarda, tali requisiti sono stati evidentemente ritenuti sussistenti prima dalla Corte di cassazione, alla cui ordinanza di remissione è conseguita la [sentenza n. 1/2014](#) della Corte costituzionale circa la parziale incostituzionalità della legge elettorale 270/2005, e successivamente dai Tribunali ordinari di Messina, Torino, Perugia, Trieste e Genova in riferimento alla questione di costituzionalità della nuova legge elettorale n. 52/2015, dando luogo alla [sentenza n. 35/2017](#), oggetto del presente elaborato.

Anche nel secondo caso, è sembrato palese che il Giudice delle leggi, forte del precedente², abbia configurato, per giungere ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, in modo alquanto elastico i presupposti del giudizio incidentale, che, da sempre, escludevano l'ammissibilità di questioni che avessero l'unico fine di dirimere un dubbio di legittimità costituzionale³. Nella prima occasione, infatti, la Corte aveva ammesso la questione in quanto l'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione era stata ritenuta ampia, ben argomentata e «sorrett(a) da una motivazione non implausibile»⁴.

¹ Un giudizio di legittimità costituzionale “preventivo” è previsto per gli Statuti regionali e le leggi statutarie delle Regioni speciali promosso dal Governo entro 30 giorni dalla loro pubblicazione. Esiste anche un giudizio in via “principale” proposto con ricorso da parte dello Stato contro leggi regionali o da parte della Regione contro leggi statali o di altre Regioni (*ex artt. 127 e 134 Cost., art. 2 l. cost. 1/1948, artt. 31-34 l. 87/1953*).

² Cfr. F. LANCHESTER, *Il corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle Corti*, in [Nomos](#), n. 1/2017; L. TRUCCO, *“Sentenza Italicum”: la Consulta tra detto, non Considerato e lasciato intendere*, in questa [Rivista](#), [Studi](#), 1/2017, 149 ss.

³ Non a caso si è parlato di “*fictio litis*” da parte di chi ha ritenuto sia stato - letteralmente - “inscenato” un processo costituzionale al solo fine di dichiarare incostituzionale una legge, quella elettorale, connotata da intrinseca politicità e che, finora, non era stato oggetto di alcun giudice, in quanto considerata “zona franca” della giustizia italiana; infatti, la Corte è sempre stata ferma nel mantenere sotto controllo il filtro della rilevanza, soprattutto per scongiurare il rischio di doversi pronunciare su questioni astratte o prettamente politiche, scisse dalla necessaria concretezza. A tal proposito, cfr. R. BIN, *“Zone franche” e legittimazione della Corte*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 5 maggio 2014; F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 febbraio 2017; E. OLIVITO, *Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?*, in [Costituzionalismo.it](#), fasc. 2/2013, 16 settembre 2013; G. REPETTO, *“Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale”*, in [Rivista AIC](#), fasc. 3/2013.

⁴ Cfr. [Corte cost., sent. n. 1 del 2014](#), punto 2 del *Considerato in diritto*.

Analogamente, le ordinanze dei Tribunali ordinari, con la piena consapevolezza di denunciare l'illegittimità costituzionale di una legge non ancora applicata⁵, hanno illustrato le ragioni per le quali sarebbe ugualmente sussistito per le parti ricorrenti l'interesse ad agire, dato che «ai fini della proponibilità delle azioni di accertamento, [è] sufficiente l'esistenza di uno stato di dubbio o di incertezza oggettiva sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi scaturenti da un rapporto giuridico anche di fonte legale; che tale incertezza è idonea di per sé a provocare un ingiusto pregiudizio, non evitabile se non per il tramite dell'accertamento giudiziale circa l'incidenza della legge sul diritto di voto»; costituendo, del resto, l'espressione del voto l'«oggetto di un diritto inviolabile e “permanente” dei cittadini, i quali possono essere chiamati ad esercitarlo in ogni momento», sicché «lo stato di incertezza al riguardo integra un pregiudizio concreto, di per sé sufficiente a fondare la sussistenza dell'interesse ad agire»⁶.

In sintonia, dunque, con la [sentenza 1/2014](#)⁷, anche nella [35/2017](#) la Corte ha valutato positivamente la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale in relazione a quattro “capisaldi”:

- «la presenza nell'ordinanza di rimessione di una motivazione sufficiente, e non implausibile»;
- «il positivo riscontro della pregiudizialità»;
- «la peculiarità e il rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento nel giudizio *a quo*, cioè il diritto fondamentale di voto, che svolge una funzione decisiva nell'ordinamento costituzionale»; e
- «l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo», al fine di evitare la creazione di una “zona franca” della giustizia costituzionale⁸.

In questo quadro, sono rimaste deluse le difese dell'Avvocatura dello Stato che, in via preliminare, ha eccepito sia l'inammissibilità per difetto di rilevanza delle questioni sollevate, in quanto le disposizioni censurate non avevano mai avuto la benché minima applicazione (quindi, la Corte avrebbe dovuto giudicare in via del tutto ipotetica ed astratta), sia il fatto che, ammettendo un siffatto giudizio, si sarebbe rischiato di creare «un regime di sindacato *praeter legem* che, in relazione alle leggi elettorali, (avrebbe) anticip(ato) lo scrutinio di legittimità costituzionale, rispetto a quanto avviene per tutte le altre fonti primarie»⁹.

Per contro, nelle ordinanze di remissione sono state affrontate con dovizia di argomenti tutte le criticità delle disposizioni di legge ritenute “sospette” di incostituzionalità. Tanto che, proprio sulla base di tali motivazioni, la Corte non ha esitato a giudicare nuovamente su una legge che non aveva ancora avuto applicazione. Anzi, seguendo il ragionamento della Consulta, nessuna conseguenza negativa potrebbe trarsi dalla «circostanza che (...) le disposizioni della legge siano ad efficacia differita, poiché il legislatore – stabilendo che le nuove regole elettorali siano efficaci a partire dal 1°

⁵ Mentre con la [sentenza n. 1/2014](#) la Corte ha giudicato circa l'illegittimità di una legge che aveva trovato concreta applicazione per ben tre volte (nelle elezioni politiche nel 2006, nel 2008 e nel 2013), con la [sentenza n. 35/2017](#) ha giudicato in merito ad una legge mai applicata, nonostante in vigore fin dal primo luglio 2016.

⁶ Cfr. [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

⁷ Per uno studio più dettagliato ed approfondito delle questioni processuali e di merito affrontate nella [sentenza n. 1/2014](#) della Corte costituzionale, cfr. A. BARBERA, *Traccia per l'Audizione sulla legge elettorale Camera dei Deputati*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 13 aprile 2015.; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sentenza 1/2014*, in [Federalismi.it](#), 17 gennaio 2014; S. CECCANTI, *Audizione in Senato in tema di riforme elettorale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 novembre 2014; A. COSSIRI, *La costituzione del rapporto di rappresentanza politica nazionale tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2017, 15 febbraio 2017; A. D'ALOIA, *Finale di partita. Incostituzionale la legge elettorale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 dicembre 2013; T. F. GIUPPONI, *Legge elettorale, riforma costituzionale e forma di governo*, III seminario AIC “I costituzionalisti e le riforme”, Università degli Studi di Bologna, 11 giugno 2015, in [Rivista AIC](#), n. 3/2015, 24 luglio 2015; G. GUZZETTA, *La sentenza 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 gennaio 2014; A. MORRONE, *Exit porcellum*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 febbraio 2014.

⁸ [Ivi](#), punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

⁹ [Ivi](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

luglio 2016 – non ha previsto una condizione sospensiva dell’operatività di tali regole, legata al verificarsi di un evento di incerto accadimento futuro, ma ha indicato un termine certo nell’*an* e nel *quando* per la loro applicazione»¹⁰. Con ciò significando che la semplice approvazione della stessa è potenzialmente lesiva del diritto, costituzionalmente garantito, di voto; e che «l’interesse ad agire del cittadino per l’accertamento dell’eventuale violazione del suo diritto di voto sorge già al momento dell’approvazione della legge. Di conseguenza, si può ricorrere contro le leggi elettorali di Camera e Senato non solo – come sancito nella [sentenza 1/2014](#) sulla legge 270/2005 – dopo la loro entrata in vigore e applicazione, ma anche prima, una volta approvate»¹¹.

Ben si comprende l’intendimento della Corte di voler ammettere tempestivamente al suo scrutinio una legge che non sarebbe possibile sindacare altrimenti, tanto più laddove il giudizio involga un diritto, come quello di voto, costituzionalmente necessario e su cui si fonda l’intero sistema democratico.

Tuttavia, il dubbio è legittimo se, su questa strada, non si rischi di allargare oltremodo le maglie dell’ammissibilità¹², ancor più di quanto già avvenuto nel [2014](#).

2. Introduzione de facto del ricorso preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato?

In forza della continuità della sentenza in esame con la precedente [1/2014](#), si rischia infatti di consolidare una prassi difficilmente reversibile in futuro, eludendo un (auspicato) ritorno alla “normalità” del giudizio incidentale ed incrementando, vieppiù, le perplessità di chi aveva anticipato l’accoglimento delle questioni sollevate dai giudici rimettenti¹³.

La Corte non ha dunque chiuso il varco di ammissibilità aperto con la [sentenza 1/2014](#); l’ha anzi ulteriormente ampliato «introducendo di fatto nel nostro ordinamento il ricorso preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camere e Senato»¹⁴: situazione paradossale, soprattutto dopo la bocciatura, con il *referendum* costituzionale dello scorso 4 dicembre, della possibilità di introdurre nel sistema giuridico italiano un giudizio, per l’appunto, preventivo delle leggi elettorali del Parlamento¹⁵.

¹⁰ *Ivi*, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

¹¹ S. CURRERI, “*Italicum*: quella necessità di trovare un sistema che garantisca alle due Camere maggioranze omogenee”, in *Il Sole-24 ore*, Guida al diritto, n. 10, 25 febbraio 2017.

¹² Cfr. P. PASQUINO, *La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 6 aprile 2017, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), secondo il quale «le due [sentenze nn. 1/2014](#) e [35/2017](#), segnano inequivocabilmente l’estendersi del campo di intervento della Corte a partire da *fictiones litis* e da azioni di accertamento, di fatto trasformando il modello italiano del ricorso incidentale».

¹³ Cfr. R. BIN, *Italicum*: perché dalla Corte non bisogna spettarsi nulla, in *LaCostituzione.info*, 11 dicembre 2016; M. BIGNAMI, *La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 29 febbraio 2016; S. GIANNELLO, *L’Italicum “a processo”*: la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale), in [Osservatorio Costituzionale](#), fasc. 1/2016, 31 marzo 2016; A. MORELLI, *Legge elettorale: perché il Parlamento dovrebbe decidere prima della Corte*, in *LaCostituzione.info*, 9 dicembre 2016; S. PIZZORNO, *L’Italicum alla prova della Corte costituzionale tra questioni di ammissibilità e di merito*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 gennaio 2017. In senso contrario, cfr. P. CARNEVALE, *Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della corte costituzionale del 25 gennaio scorso...sperando di non incorrere in allucinazioni. Note a prima (non lettura) sulla decisione relativa alla legge n. 52 del 2015*, in *Nomos*, n. 1/2017.

¹⁴ Cfr. S. CURRERI, *op. cit.*

¹⁵ Il testo del progetto di riforma prevedeva la possibilità di sottoporre al giudizio preventivo di legittimità costituzionale le leggi elettorali disciplinanti l’elezione del Parlamento, su ricorso motivato presentato innanzi alla Consulta da almeno un quarto dei membri della Camera o un terzo di quelli del Senato entro dieci giorni dall’approvazione della stessa (cfr. art. 13 del ddl costituzionale del 12 aprile 2016). Per approfondimenti, cfr. P. COSTANZO, *Corte costituzionale: i nuovi impegni per gli anni a venire*, in P. COSTANZO (cur.), *Referendum costituzionale: uno sguardo d’insieme sulla riforma Renzi-Boschi*, e-book, Milano, 2016, 94 ss.; F. DAL CANTO, in *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, seminario del Gruppo di Pisa, *Corte costituzionale e riforma della Costituzione*, Firenze, 23 ottobre 2015.

D'ora in poi (*rectius*, già dal 2014) potrà quindi risultare più agevole adire la Consulta per censurare singole disposizioni di leggi recanti norme per l'elezione del Parlamento, considerato che «l'espressione del voto – attraverso cui si manifestano la sovranità popolare e la stessa dignità dell'uomo – rappresenta l'oggetto di un diritto inviolabile e “permanente”, il cui esercizio da parte dei cittadini può avvenire *in qualunque momento* e deve esplicarsi secondo modalità conformi alla Costituzione, sicché uno stato di incertezza al riguardo ne determina un pregiudizio concreto, come tale idoneo a giustificare la sussistenza, in capo ad essi, dell'interesse ad agire per ottenerne la rimozione in carenza di ulteriori rimedi, direttamente utilizzabili con analoga efficacia, per la tutela giurisdizionale di quel fondamentale diritto»¹⁶.

Se è plausibile che qualsiasi giudice *a quo* possa sollevare la questione di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali di Camera e Senato – ancorché inapplicative – pare allora opportuno porre il tema della introduzione, nel sistema di giustizia costituzionale, di un ricorso preventivo di tali leggi; e ciò a prescindere dal risultato del recente *referendum* costituzionale.

Una interessante soluzione, percorribile dal Legislatore, potrebbe essere l'introduzione di un giudizio in via principale per valutare, giustappunto preventivamente, le leggi elettorali delle Camere¹⁷, sull'onda del modello francese di controllo preventivo di costituzionalità: un giudizio che, seppur motivato su singoli profili, avesse l'effetto di permettere alla Corte l'esame di tutta la legge elettorale *rispetto a qualunque parametro costituzionale*. Soltanto in questo modo si consentirebbe di verificare l'incostituzionalità di una legge senza sovraesporre politicamente i Giudici della Consulta, poiché gli stessi sarebbero chiamati a pronunciarsi tenendo conto, esclusivamente, di ogni singola disposizione della Costituzione, ed evitando di badare alle argomentazioni edotte dal giudice *a quo* di turno sulla base delle allegazioni dei ricorrenti.

Una obiezione in proposito potrebbe essere un effetto di eccessiva “attrazione” della Corte nel “circuito politico” attribuendole un ruolo che, per certi aspetti, esulerebbe dalle sue originarie competenze ed avallando l'ipotesi di un Giudice “al cospetto” del Potere legislativo¹⁸. D'altro canto il Legislatore – ben sapendo che la legge elettorale, prima della promulgazione, sarà sottoposta al vaglio della Consulta – potrebbe optare per una legge che veda coinvolte tutte le forze politiche in campo al fine di ottenere una quanto più ampia condivisione del testo normativo; ciò a vantaggio di una maggiore democraticità in merito ad una legge, quella appunto elettorale, dal contenuto necessariamente costituzionale, ed evitando il rischio – tutt'altro che infondato – di approvarne una *ad partitum*.

3. *L'incostituzionalità del ballottaggio (non in sé, ma) siccome formulato dalla legge n. 52 del 2015.*

“Ballottaggio” e “preferenze” sono stati, certamente, gli elementi innovativi e peculiari della legge 52 del 2015¹⁹. E però, mentre la reintroduzione (non totale) delle seconde è stata salutata

¹⁶ [Ordinanza n. 12060 del 17 maggio 2013](#) della Corte di cassazione (*corsivo aggiunto*).

¹⁷ Un giudizio in via principale necessariamente si fonda su basi prettamente astratte; per questo lo stesso giudizio non si deve sostituire, ma affiancare a quello in via incidentale. Sul punto, cfr. S. CATALANO, *Prime riflessioni sul controllo preventivo sulle leggi elettorali inserito nella proposta di revisione costituzionale all'esame del Parlamento*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 23 maggio 2015.

¹⁸ In tal senso, si è parlato di pericolosa sovraesposizione politica; cfr. S. CATALANO, op. cit., ed A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in [Federalismi.it](#), 8 marzo 2017.

¹⁹ Per un'analisi della legge 52/2015, cfr. U. ADAMO, *Diseguaglianza di genere e partecipazione politica*, nella rivista telematica del Gruppo di Pisa; D. ARGONDISSO, *Una boccata d'ossigeno*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 24 maggio 2004; F. CLEMENTI, *Intorno all'Italicum: prime osservazioni*, in [Questione Giustizia](#), n. 1/2015, 28 maggio 2015; R. D'ALIMONTE, *Gli elettori sceglieranno chi governa ma il sistema non sarà «presidenziale»*, in [Il Sole-24 ore](#), 26 aprile 2015; R. DICKMANN, *A proposito dell'Italicum. Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale di cui alla legge n. 52 del 6 maggio 2015*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 giugno 2015; V. EMANUELE, *L'Italicum punto per punto: ecco cosa prevede*, 18 aprile 2015, in [Cise-Luiss](#); F. GUELLA, *Le garanzie per le minoranze linguistiche nel sistema*

positivamente da più parti, a partire ovviamente dall'opinione pubblica – nonostante siano note le problematiche ad esse connesse²⁰ – la previsione del primo, invece, è stato oggetto di diverse critiche, in quanto *unicum* nel panorama occidentale per l'elezione di un organo collegiale.

Invero, la Corte ha ritenuto di dover censurare il ballottaggio non perché utilizzato quale meccanismo per l'assegnazione del premio di maggioranza laddove nessuna lista abbia conseguito, al primo turno, il 40% dei voti validi, bensì perché esso – così come regolato nell'*Italicum* – risulterebbe lesivo dell'uguaglianza del voto e della rappresentanza; ed invece funzionale allo scopo di *garantire* (e non soltanto favorire) un altro obiettivo, seppur ugualmente meritevole di tutela, ovvero la governabilità.

È bene precisare, dunque, che la suddetta censura non ha riguardato la possibilità “in sé” di utilizzare il ballottaggio per l'elezione di un organo collegiale: prima di dichiarare incostituzionale il ballottaggio, la Corte articola una breve digressione sulla natura dello stesso, da intendersi non come una *nuova votazione* bensì come la *prosecuzione* del primo turno, tant'è che «la ripartizione percentuale dei seggi, anche dopo lo svolgimento del turno di ballottaggio, resta – per tutte le liste diversa da quella vincente, ed anche per quella che partecipa, perdendo, al ballottaggio – la stessa del primo turno»²¹, al netto delle liste che non hanno superato lo sbarramento.

Seguendo l'*iter* logico-argomentativo si evince che, per attribuire “a tutti i costi” il premio di maggioranza ad una lista, si rischia di incappare di nuovo in ciò che la giurisprudenza costituzionale, già nel [2014](#), aveva censurato: attribuire il premio di maggioranza alla lista a prescindere dal raggiungimento di una determinata soglia di voti validi, essendo previsto soltanto il superamento della soglia di sbarramento del 3%; ne consegue che la lista che vince al ballottaggio ottiene, ugualmente, i 340 seggi, anche se ha in ipotesi ottenuto un consenso esiguo al primo turno, determinandosi così una sua eccessiva “sovra- rappresentazione”²².

Sulla base di questo ragionamento, la Corte dà per scontato che il ballottaggio sia, per l'appunto, la prosecuzione del primo turno di votazione; pertanto, «il premio conseguentemente attribuito resta

elettorale c.d. Italicum, in [Rivista AIC](#), n. 3/2015, 24 luglio 2015; F. LANCHESTER, *Dal Porcellum all'Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in [Osservatorio Costituzionale](#), febbraio 2014; A. LANZAFAME, *Le simmetrie necessarie. Italicum, forma di governo e disposizioni costituzionalmente consequenziali*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2015, 11 dicembre 2015; N. MACCALLÈ, *Italicum: i collegi plurinominali ed il venir meno del vincolo territoriale*, in [Cise-Luiss](#), 10 aprile 2015; D. MERCADANTE, *Un primo commento alla proposta di legge elettorale Renzi-Berlusconi (c.d. Italicum)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 21 gennaio 2014; E. MOSTACCI, *Perseverare autem Italicum: rappresentanza e sistema politico all'indomani della legge 52/2015*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2015, 11 dicembre 2015; A. RAUTI, *L'Italicum tra “liturgia” elettorale e prove di bipartitismo*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2015, 12 giugno 2015; E. ROSSI, *Storia di un “falso”? L'Italicum e la “governabilità”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 18 giugno 2015; A. SAIITA, *La forma di governo in Italia tra revisione costituzionale e legge elettorale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2015, 17 aprile 2015; L. TRUCCO, *Candidature multiple ed Italicum*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 18 giugno 2015; ID., *Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale (atto secondo)*, in [Rivista Studi 2015/1](#), 285 ss.; M. VOLPI, *Italicum due: una legge elettorale abnorme*, in [Questione Giustizia](#), n. 1/2015.

²⁰ È vero che le preferenze sono un elemento che maggiormente valorizza il voto dell'elettore, ma non per questo risultano esenti da rischi ed aspetti controproducenti. Anzitutto, «impone una competizione non soltanto *interpartitica* – del tutto fisiologica – ma anche *infrapartitica*, poiché i singoli candidati di una medesima lista devono concorrere tra di loro per aggiudicarsi le preferenze». A. GIGLIOTTI, *Il voto di preferenza e l'alternativa del diavolo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 gennaio 2015 (corsivi aggiunti). Inoltre, il voto di preferenza ha l'effetto di esasperare le campagne elettorali ed aumentarne i costi, in quanto ogni candidato ha l'interesse a rendersi visibile nei confronti dell'elettorato dell'intero collegio e ciò richiede l'uso massiccio di tutti gli strumenti tipici della campagna elettorale. Ci si riferisce a comizi, spot, stampa dei bigliettini e manifesti elettorali. Proprio per questo motivo, quanto maggiore è l'ampiezza territoriale del collegio, tanto maggiori sono i costi. Ed ancora, il voto di preferenza espone inevitabilmente al rischio di fomentare voto di scambio e clientele, se non addirittura fenomeni di corruzione. Infine, lo stesso potrebbe essere più un'arma di inquinamento elettorale che espressione di partecipazione democratica; pertanto, non è vero che senza preferenza non c'è democrazia.

²¹ Cfr. [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), punto 9.2 del *Considerato in diritto*.

²² Si faccia un esempio: una lista che ottiene al primo turno un consenso pari al 25/30%, se accede e vince il ballottaggio, grazie al quale le vengono attribuiti 340 seggi (che corrispondono al 54% del totale), potrebbe essere sovra rappresentata in misura persino superiore alla metà. Si consideri che questo non è un esempio di scuola, ma – allo stato – rappresenta una concreta possibilità, in quanto i principali partiti si attestano proprio su queste percentuali.

un premio di maggioranza e non diventa un premio di governabilità, per cui le disposizioni che disciplinano l'attribuzione di tale premio al ballottaggio incontrano a loro volta il limite costituito dall'esigenza costituzionale di non comprimere eccessivamente il carattere rappresentativo dell'assemblea elettiva e l'uguaglianza del voto»²³.

La Corte arriva a tale conclusione in quanto l'impossibilità di stringere coalizioni tra un turno e l'altro e l'assenza di una soglia minima per poter accedere al ballottaggio sarebbero condizioni che incrementano a considerare il secondo turno come fosse una prosecuzione del primo. «Ma dal punto di vista degli elettori col ballottaggio tutte le scelte rispetto a quelle del primo turno si azzerano e sono reversibili: quindi la discontinuità è comunque evidente e non un riflesso delle scelte delle forze politiche»²⁴.

Quindi, se il ballottaggio fosse stato considerato come una nuova partita, dalla cui vittoria sarebbe dipesa esclusivamente l'attribuzione del premio anziché come prosecuzione del primo turno, sarebbe stato dichiarato ugualmente incostituzionale?

Un tale dubbio risulta lecito e giustificabile ove si prendano in considerazione altre pronunce della Consulta in cui si è affrontata la natura del ballottaggio, in una prospettiva di assoluta impossibilità di comparare il primo turno di votazione con il secondo, quest'ultimo volto solo ed esclusivamente ad attribuire il premio²⁵.

La Corte è ben consapevole dell'alto tasso di politicità del giudizio in questione, per ciò non perde occasione per ribadire esplicitamente che spetta soltanto al Potere legislativo fissare l'obiettivo da privilegiare, tra rappresentanza ed eguaglianza del voto e governabilità, attraverso una legge elettorale; tuttavia, ciò che Essa ritiene di dover censurare è la circostanza che uno di questi scopi possa essere perseguito in misura di gran lunga superiore rispetto all'altro. Infatti, già con la [sentenza 1/2014](#), ed ora con la [35/2017](#), emerge chiaramente un certo "imbarazzo" della Consulta nell'indirizzare il Legislatore verso questo o quello scopo, anche se una cosa è certa: tali interessi, essendo ugualmente meritevoli di tutela, devono trovare un reciproco bilanciamento²⁶.

L'*Italicum*, per la Corte, è stato congegnato in misura tale da conciliare i suddetti profili, soprattutto al primo turno; invece, per il secondo, proprio per garantire (e non solo facilitare) la stabilità (o governabilità) è stato innescato un meccanismo tale da quasi "neutralizzare" gli altri obiettivi.

Sulla base di questo ragionamento, si riesce a comprendere il motivo per cui è stato dichiarato incostituzionale il ballottaggio: infatti «il rispetto di tali principi costituzionali non è tuttavia garantito dalle disposizioni censurate» poiché «il legittimo perseguimento dell'obiettivo della stabilità di governo, di sicuro interesse costituzionale, provoca in tal modo un eccessivo sacrificio dei due principi costituzionali ricordati. Se è vero che, nella legge n. 52 del 2015, il turno di ballottaggio fra le liste più votate ha il compito di supplire al mancato raggiungimento, al primo turno, della soglia minima per il conseguimento del premio, al fine di indicare quale sia la parte politica destinata a sostenere, in prevalenza, il governo del Paese, tale obiettivo non può giustificare uno sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali di rappresentanza e di uguaglianza del voto, trasformando

²³ Cfr. R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in [Il Foro italiano](#), n. 3, marzo 2017.

²⁴ S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la sentenza 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in [Federalismi.it](#), 15 febbraio 2017. Cfr. B. CARAVITA, *Il giudizio della Corte per temperare ma non interrompere il trend maggioritario*, in [Federalismi.it](#), n. 2/2017, 25 gennaio 2017; A. RAUTI, *La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in questa [Rivista](#), [Studi 2/2017](#), 216 ss.

²⁵ Cfr. [Corte cost. sentt. n. 107/1996](#) e [n. 275/2014](#), seppur in relazione alle elezioni amministrative.

²⁶ Cfr. A. BARBERA, *La nuova legge elettorale e la forma di governo parlamentare*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 settembre 2015, pag. 645 e ss.; C. FUSARO, *Le critiche al ballottaggio dell'Italicum o del rifiuto di rafforzare la governabilità per via elettorale attraverso il premio alla lista*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 18 giugno 2015; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio riuscita però solo a meta, nella pronuncia sull'Italicum*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 febbraio 2017.

artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta»²⁷.

Non si comprendere, tuttavia, se il premio di maggioranza avrebbe ricevuto lo stesso “trattamento” laddove il *referendum* costituzionale avesse avuto un altro esito²⁸: tale interrogativo non sarebbe forse sorto se la Consulta non avesse affrontato, seppur brevemente, il tema della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione; infatti, poiché la Camera dei deputati si pone in posizione paritaria con il Senato della Repubblica, «l’applicazione di un sistema con turno di ballottaggio risolutivo, a scrutinio di lista, dovrebbe necessariamente tenere conto della specifica funzione e posizione costituzionale di una tale assemblea, organo fondamentale nell’assetto democratico dell’intero ordinamento, considerando che, in una forma di governo parlamentare, ogni sistema elettorale, se pure deve *favorire* la formazione di un governo stabile, non può che essere primariamente destinato ad *assicurare* il valore costituzionale della rappresentatività»²⁹.

Sin dalla [pronuncia del 2014](#) la Consulta, pur non entrando esplicitamente nel merito della scelta dell’obbiettivo da perseguire (i.e. rappresentanza o governabilità) in quanto rimessa esclusivamente alla discrezionalità del Legislatore, ha affermato che aprire la strada ad uno o ad altro interesse deve avvenire in modo tale da non comprimerli eccessivamente, proprio perché degni entrambi di tutela costituzionale.

Ebbene, anche nella sentenza in questione ha ribadito tale principio, almeno fino al punto n. 9.2 del considerato in diritto; a questo punto invece la stessa sembra vacillare, tanto da ammettere che la rappresentanza deve essere assicurata e non soltanto favorita come la governabilità.

C’è da chiedersi se – così facendo – non si rischi di fare un passo indietro nel tempo, allorché la rappresentanza doveva essere garantita anche a scapito della stabilità³⁰.

4. *L’incostituzionalità della scelta arbitraria dei capilista bloccati circa il collegio in cui essere eletti (cenni).*

L’altra questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici *a quibus* ed accolta dalla Consulta è la circostanza secondo la quale il capolista bloccato, candidandosi in più collegi fino ad un massimo di dieci, possa scegliere liberamente, entro otto giorni dall’elezione, quello in cui essere proclamato eletto, determinando, in questo modo, chi verrà eletto in suo luogo nei collegi che non sceglierà e chi non verrà eletto nel collegio per cui opterà.

Anche in tal caso – si badi – ad essere censurata non è tanto la presenza di capilista bloccati o la facoltà, per gli stessi, di pluricandidarsi³¹; quanto l’assenza «di un criterio oggettivo, rispettoso della volontà degli elettori e idoneo a determinare la scelta del capolista eletto in più collegi (che) è in contraddizione manifesta con la logica dell’indicazione personale dell’eletto da parte dell’elettore [...]. L’opzione arbitraria consente al capolista bloccato eletto in più collegi di essere titolare non

²⁷ Cfr. [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), punto 9.2 del *Considerato in diritto*.

²⁸ In tal senso, cfr. A. MORRONE, “*Dopo la decisione sull’Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*”, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 13 febbraio 2017, secondo il quale «il ballottaggio sembra incorrere in una sorta di vizio di illegittimità sopravvenuta».

²⁹ Cfr. [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), punto 9.2 del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

³⁰ È noto che l’Assemblea costituente non scelse, e saggiamente, di costituzionalizzare in modo espresso un determinato sistema elettorale, pur optando fin da subito per un sistema di tipo proporzionale; d’altronde non poteva essere diversamente Considerato il “velo d’ignoranza” che incombeva tra i partiti dopo il 2 giugno 1946. Ebbene, fu proprio quell’esigenza di non lasciare da parte qualcuno, alimentata dalla paura di essere esclusi dal sistema istituzionale, che si tradusse nella scelta di adottare una legge elettorale volta più a tutelare la rappresentanza piuttosto che garantire la governabilità; e per questo motivo emerse la preponderanza delle assemblee e la posizione recessiva dell’esecutivo. Cfr. M. CROCE, *Appunti in tema di Costituzione italiana e sistemi elettorali (rileggendo Carlo Lavagna)*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2011, 22 marzo 2011, secondo il quale «la verità è che la governabilità nel sistema costituzionale è un valore, se non assente, sicuramente recessivo, e non poteva essere altrimenti».

³¹ Cfr. V. BALDINI, *Un commento a caldo sulla “comunicazione” della Consulta che annuncia l’incostituzionalità parziale della legge n. 52/2015*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2017, 27 gennaio 2017.

solo del potere di prescegliere il collegio d'elezione, ma altresì, indirettamente, anche di un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, secondo una logica idonea, in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori»³².

In altri termini, ad essere incostituzionale è la totale arbitrarietà del capolista di scegliere il collegio in cui essere eletto. E quindi, eliminata *tout court* tale facoltà, non resta altro che il sistema del sorteggio, espressamente già previsto dalla legge quale *extrema ratio* qualora lo stesso non opti, per tempo, per il collegio d'elezione.

Pur riconoscendo al Legislatore la più ampia discrezionalità e la responsabilità nel sostituire tale criterio con una regola più idonea e rispettosa della volontà degli elettori, la Corte prospetta, alternativamente, due soluzioni, anche se in via meramente esemplificativa: con la prima soluzione, «secondo una logica volta a premiare il voto di preferenza espresso dagli elettori, potrebbe stabilirsi che il capolista candidato in più collegi debba essere proclamato eletto nel collegio in cui il candidato della medesima lista – il quale sarebbe eletto in luogo del capolista – abbia riportato, in percentuale, meno voti di preferenza rispetto a quelli ottenuti dai candidati in altri collegi con lo stesso capolista»³³; in base alla seconda soluzione, «secondo una logica assai diversa, tesa a valorizzare il rilievo e la visibilità della sua candidatura, potrebbe invece prevedersi che il capolista candidato in più collegi debba essere proclamato eletto in quello dove la rispettiva lista ha ottenuto, sempre in percentuale, la maggiore cifra elettorale, in relazione agli altri collegi in cui lo stesso si era presentato quale capolista»³⁴.

Dunque, «tra le due soluzioni, pur considerando l'effetto trascinato che il capolista esercita sulla lista, in considerazione anche della visibilità che gli deriva dall'essere solo il suo nominativo stampato sulla scheda, occorre considerare che la ragione per cui *liste guidate dallo stesso nominativo ottengano risultati diversi pare potersi ragionevolmente imputare al contributo fornito dai candidati con voto di preferenza*»³⁵.

In tal senso, sarebbe forse più opportuno che il Legislatore percorresse la prima via, in modo tale da rendere ancora più significativo e concreto il diritto di voto esercitato dall'elettore, da un lato, e rispettando il principio tanto perseguito della rappresentanza, dall'altro.

5. Considerazioni finali: la normativa di risulta e lo scenario di una nuova legge elettorale.

In ultima analisi, può rassegnarsi un duplice ordine di conclusioni.

In primo luogo deve rilevarsi che, come in precedenti occasioni di ammissibilità di richieste referendarie, la Corte si è preoccupata di lasciare in vigore una normativa di risulta “autoapplicativa”, ovvero immediatamente applicabile, anche senza “aggiustamenti” successivi da parte del Legislatore.

Quindi, laddove si andasse ad elezioni senza alcuna modifica alle leggi così come “consegnate” dalla Consulta dopo le [sentenze 1/2014](#) e [35/2017](#), per l'elezione del Senato verrebbe applicato il c.d. “*Consultellum*” (i.e., ciò che è rimasto in vigore della legge 270/2005 dopo le censure intervenute con la [sentenza 1/2014](#): nessun premio di maggioranza, diverse soglie di sbarramento che incentivano le coalizioni, un unico voto di preferenza senza capilista bloccati) ed alla Camera l'*Italicum*, privato del ballottaggio e della scelta arbitraria dei capilista circa il collegio in cui essere eletti (e quindi: premio di maggioranza, soglia unica di sbarramento, capilista bloccati, possibilità di scegliere due candidati purché di sesso diverso).

Le differenze tra i due sistemi elettorali concernenti l'elezione del Parlamento non sono radicali, dunque, «ma certo significative perché potrebbero determinare maggioranze politiche diverse, se non

³² [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), punto 12.2 del *Considerato in diritto*.

³³ [Ibidem](#). In questo caso, si considera più pregnante l'apporto alla lista dei candidati preferenziali.

³⁴ [Ibidem](#). In quest'altro caso, invece, decisivo sarà il sostegno del capolista blindato.

³⁵ Cfr. S. CURRERI, Testo di audizione sulle modifiche delle leggi elettorali di Camera e Senato, Camera dei deputati, Commissione Affari Costituzionali, seduta del 3 marzo 2017 (*corsivo aggiunto*).

opposte, tra le due Camere, con rischio di paralisi del sistema»³⁶; in tal senso, infatti, bisogna tener presente che «la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino»³⁷, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee»³⁸.

Spetterà pertanto al Legislatore individuare un punto d'incontro tra le due diverse leggi per renderle quanto più omogenee possibile, uniformando l'*Italicum* al *Consultellum* o viceversa³⁹; e quindi a decidere se introdurre un sistema del tutto proporzionale anche alla Camera dei deputati, senza premio di maggioranza e capilista blindati ed un'unica preferenza; oppure insistere su un sistema tendenzialmente maggioritario anche per il Senato con premio di maggioranza⁴⁰, capilista bloccati, soglia unica di sbarramento e doppia preferenza di genere.

Non sono le uniche soluzioni prospettabili ma, certo, le più celeri da perseguire in un'ottica di rinnovo immediato delle Assemblee.

In secondo luogo deve poi notarsi che, se con la [sentenza 1/2014](#) si era aperto il varco per un controllo di legittimità costituzionale in via incidentale più ampio rispetto a quanto previsto finora – poiché scisso da motivazioni che effettivamente ne giustificavano l'ammissibilità – con la [sentenza 35/2017](#) parrebbe essere divenuto *ius receptum* che chiunque ritenga leso il proprio diritto di voto, costituzionalmente garantito, possa adire la via giudiziaria, e financo intentare un processo innanzi alla Consulta, per veder ripristinato con sentenza il diritto in questione.

Questo dato di fatto porta quale conseguenza – non necessariamente logica ma, perlomeno, auspicabile – una riflessione circa l'utilità di introdurre un giudizio preventivo di costituzionalità per le leggi in questione, benché connotate da un elevato tasso di politicità⁴¹; ed un monito, sia per il Legislatore sia per il Giudice, ovvero sia di riappropriarsi – ciascuno – del ruolo loro proprio, onde evitare il collasso del sistema su cui si erge il principio della separazione dei Poteri ed in ossequio al principio di una leale collaborazione.

³⁶ Cfr. S. CURRERI, *op.cit.*

³⁷ Nel testo della sentenza inizialmente pubblicato compariva l'espressione “non devono ostacolare”; espressione mutata in un secondo momento con quella più appropriata e dal tono non imperativo di “non ostacolino”.

³⁸ Cfr. [Corte cost., sent. n. 35 del 2017](#), punto 15.2 del *Considerato in diritto*. Sul punto, cfr. R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario “eventuale” ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in [Federalismi.it](#), 15 febbraio 2017; A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 13 febbraio 2017; C. ROSSANO, *Note sul premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in [Rivista AIC](#), 1/2017, 27 febbraio 2017.

³⁹ Invero, c'è chi, ritiene che le due leggi di risulta non siano poi così disomogenee. Cfr. S. CECCANTI, *Tre brevi riflessioni: motivazioni per il no al ballottaggio, auto-applicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole*, in [Nomos](#), n. 1/2017. Per una posizione (in parte) contraria, cfr. A. CELOTTO, *Legge elettorale: quali prospettive?*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2017, 4 marzo 2017; A. GRATTERI, *Quali e quante leggi elettorali?*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2017, 23 gennaio 2017; F. LANCHESTER, *La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in [Nomos](#); C. ROSSANO, *op. cit.*; M. SICLARI, *Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge 52 del 2015 alla luce del comunicato emesso dalla Corte il 25 gennaio 2017*, in [Nomos](#), n. 1/2017; G. SERGES, *Prime riflessioni sul futuro della legislazione elettorale (in attesa delle motivazioni della corte costituzionale)*, in [Nomos](#), n. 1/2017.

⁴⁰ L'art. 57, co. 1, Cost., può essere interpretato (al netto delle modifiche costituzionali intervenute: l. cost. 2/1963 che ha inserito un numero fisso complessivo di senatori elettivi; la l. cost. 3/1963 che, nell'istituire la regione del Molise, ha assegnato un numero fisso di senatori alla stessa, pari a due; la l. cost. 1/2001 che ha introdotto la Circostrizione Estero), nel senso che il numero dei senatori eletti nelle varie regioni è predeterminato costituzionalmente: previsione che non ha nulla a che vedere col sistema di traduzione di voti in seggi. Infatti, «la considerazione della Regione quale “circostrizione elettorale”, nel senso atecnico di sede di redistribuzione dei seggi, non (ha) mai prodotto effetti tali da rendere la composizione politica (del Senato) strutturalmente disomogenea a quella (della Camera). A produrli invece è stata la previsione del premio di maggioranza calcolato su base regionale, che (...) presuppone qualcosa di più: la stessa traduzione dei voti in seggi su base regionale, concepita quale soluzione obbligata in forza del disposto costituzionale». Cfr. C. PINELLI, *Sull'elezione del Senato “a base regionale”*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2017, 10 gennaio 2017.

⁴¹ V., *amplius, supra*, § 2.

Sotto questo profilo può affermarsi che cambiare la legge elettorale in base alle contingenze storico-politiche può essere tanto utile quanto doveroso; ma non si può sperare di migliorare il sistema ed il funzionamento dei Poteri senza mutare i comportamenti degli attori politici poco consoni per la collettività, poiché fine a sé stessi⁴².

Il che significa, infine, valorizzare una disciplina interna tale da “concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale”, perché *non è possibile assicurare giuridicamente ciò che dipende sempre e comunque da fattori politici*.

⁴² Per simili considerazioni, cfr. S. GAMBINO, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del paese e attualità*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2013, 12 aprile 2013; M. LUCIANI, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2017, 27 febbraio 2017; F. PASTORE, *Partiti e movimenti politici nel momento elettorale dell'Italicum*, 11 maggio 2015, in [Dirittifondamentali.it](#).

Agatino Cariola

**Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma:
la giustizia, in specie quella costituzionale***

SOMMARIO: 1. *Tempo di bilanci in periodi di sfide all'idea dell'inevitabile affermazione dell'integrazione europea.* – 2. *Il cosiddetto dialogo tra le Corti.* – 3. *Chi è il custode dei controlimiti?* – 4. *Il diritto giurisprudenziale è sempre lo stesso e per tutti?* – 5. *La tradizione e le tradizioni: perché non valorizzare dal basso la tradizione costituzionale comune? L'obbligo del giudice statale di individuare il diritto europeo "giusto".* – 6. *Salvaguardare il pluralismo giurisdizionale: è tempo per un controllo diffuso e per fare della Corte di giustizia una Corte suprema?*

1. *Tempo di bilanci in periodi di sfide all'idea dell'inevitabile affermazione dell'integrazione politica ed economica dell'Europa.*

L'anniversario dei sessanta anni dai Trattati di Roma del 1957 cade in un momento piuttosto difficile per il processo di integrazione europea, in un tempo cioè in cui sotto il versante politico si è persa la fiducia nell'ineluttabilità del movimento volto all'allargamento della Comunità prima e dell'Unione dopo, ed al contrario, dal punto di vista economico, si avverte il peso della situazione economica che da anni non vede crescita nei Paesi europei, almeno in tutti i Paesi. Sotto l'uno e l'altro aspetto si direbbe che si versi in situazione di crisi, se non fosse che il termine è stato abusato nei decenni scorsi e lo stesso presuppone l'idea che ad un certo tempo cessi la difficoltà e si ritorni alla situazione di prima: esito niente affatto scontato in qualsiasi campo e, specie, nelle vicende politiche come in quelle economiche.

Ogni riflessione sull'Europa non può fare oggi a meno di considerare la *Brexit*, ma non può essere trascurato – per andare ad avvenimenti recenti - che l'integrazione europea ha pur visto il fallimento del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa a mezzo ed a seguito dei referendum francesi ed olandesi, rispettivamente, del 29 maggio e del 1° giugno 2005; che non è dimenticata la vicenda austriaca sul mantenimento in quel Paese di condizioni democratiche; che le esperienze sugli assetti giurisdizionali di Polonia, Romania e Ungheria ripropongono il tema sugli standard e, soprattutto, sulla comune cultura politica (e, quindi, anche giuridica) dei Paesi dell'Unione; che ancora l'Europa vive a più velocità se la moneta unica non è estesa a tutti gli Stati-membri, se la BCE quindi non esercita allo stesso modo e per l'intera Unione gli stessi poteri, e se allora coesistono più modelli economici.

Il fatto è che il problema della democrazia all'interno dell'Europa non può dirsi mai risolto, ma allo stesso modo di come accade in ogni Paese membro.

Per anni si è discusso circa il deficit democratico della Comunità e si è anche addebitato ciò alla provenienza della normativa europea dal Consiglio piuttosto che dal Parlamento. Il Trattato di Lisbona ha portato a compimento il processo di codeterminazione dell'assemblea nell'adozione di regolamenti, direttive e decisioni (artt. 289 e 294 TFUE). È significativo che si sia utilizzato il termine di legge – *rectius* atti legislativi, art. 289, perché ciò rimanda a tutta la tradizione che ha visto nella legge l'espressione della giustizia (in Tommaso d'Aquino, «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*», Summa Theologica, Prima Secundae, q. 90 a. 4) e la manifestazione della stessa democrazia, se appunto «*La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*», secondo l'art. 6 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789, ove si riprende la concezione che qualifica la legge solo come la regola adottata secondo determinate

* Testa dell'intervento al Convegno "Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma, Catania 31 marzo-1 aprile 2017, di prossima pubblicazione anche nel volume omonimo a cura di A. Ciancio.

procedure e che mantiene alcuni contenuti. Si tratta, come è noto, di una visione assolutamente selettiva e discriminatoria che giunge a qualificare come non costituzionali gli assetti di potere privi di separazione dei poteri e di garanzie dei diritti (art. 16).

Ma non per questo il problema di dare contenuto ai valori indicati dall'art. 2 TUE è risolto una volta per tutte. Si consideri solo che negli ordinamenti interni il potere legislativo sembra più nelle mani degli esecutivi che non delle assemblee parlamentari, sia in virtù delle delegazioni come delle decretazioni d'urgenza nei Paesi che le ammettono; sia per la possibilità di determinare o influire sul calendario dei lavori delle assemblee parlamentari; sia, ancora, per la tecnica di concentrare la gran parte delle scelte politiche, ad iniziare da quelle economiche, nella legge di bilancio annuale (che la si qualifichi così ovvero finanziaria e/o di stabilità), appunto predisposta dai Governi e votata "sotto pressione" di questi ultimi, se non addirittura della stessa Unione europea. Allora, ad ammettere che sia un "contenuto" della democrazia, si avverte che il problema della titolarità del potere normativo non è affatto tipico dell'Unione.

Allo stesso modo le trasformazioni che investono i partiti tradizionali, a seguito della "fine" delle ideologie e delle modificazioni delle classi sociali, riguardano gli assetti nazionali prima ancora che quello europeo. A livello nazionale come europeo si avverte il bisogno di assicurare trasparenza ai processi decisionali se non si vuole abbandonarli ai centri di interessi ed alle *lobby*, se in altri termini si insiste ancora sul legame tra esercizio del potere e connessa responsabilità pubblica, o *accountability* che dir si voglia. Le trasformazioni che riguardano i partiti incidono in realtà proprio sui processi volti «a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione» (art. 10 TUE), giacché i partiti dovrebbero essere sia le agenzie culturali che danno contenuto e sostengono la dimensione culturale europea, sia i soggetti che, alla fine, assumono decisioni per le quali rispondono. I meccanismi di *accountability* presuppongono ancora partiti capaci di ideare "narrazioni" sociali, mobilitare energie, esprimere istanze collettive; richiedono soggetti stabili, "carichi di storia" e non formazioni occasionali, giacché verrebbe a perdersi il presupposto medesimo del dover "rendere conto" di quanto si è fatto. L'*acquis communautaire* è prima di tutto un'esperienza culturale, che richiede appunto soggetti idonei ad elaborare contenuti ideologici (altri direbbero: narrazioni), a trasmetterli e svilupparli, sia sul versante istituzionale come su quello propriamente sociale, creando e cercando consenso attorno alcuni temi.

Ed oggi appare più pressante che mai la necessità di rafforzare le maglie culturali che tengano assieme l'Unione e le sue istituzioni.

Ciò riporta al campo dei rapporti tra le giurisdizioni: infatti, per riprendere note distinzioni, il giudice dovrebbe essere organo al tempo stesso dello Stato-persona-istituzione e dello Stato-ordinamento, *id est* comunità. La distinzione può essere applicata anche all'Unione e può aversi riguardo, ora all'apparato istituzionale, ora al versante comunitario e sociale. Ogni giudice è sul crinale dei rapporti tra l'assetto istituzionale e quello sociale, soggetto ed espressione di cultura che è, al tempo stesso, giuridica e sociale.

Il giudice europeo – ogni giudice, cioè, che si trova ad agire nei Paesi dell'Unione e ad applicarne il diritto, ad iniziare dai valori indicati dai trattati – fa riferimento all'unità del diritto da considerare, presuppone la connessione delle regole e la loro riconduzione a sistema a mezzo dei principi generali di un ordinamento giuridico che si è solo esteso oltre lo Stato.

In questa prospettiva va del tutto abbandonata l'idea che l'ordinamento (una volta definito) comunitario sia autonomo e distinto «rispetto a quello interno», che il diritto delle Comunità «e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato» (secondo [Corte cost., n. 183/1973](#), ripresa dalla [sentenza n. 170/1984](#): «l'ordinamento della Comunità e quello dello Stato - ed i rispettivi processi di produzione normativa - ... per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi»). Per definizione ogni giudice applica l'intero ordinamento in tutte le sue componenti ed il diritto è segnato da una forte logica di integrazione e di bilanciamento tra valori ed interessi, non di mera giustapposizione di norme.

Anzi, proprio in quanto esperienza culturale, l'integrazione giurisprudenziale – che, prima ancora di essere realizzata dai giudici, muove dai cittadini i quali avanzano pretese e si sviluppa dalle corrispondenti azioni esercitate avanti i giudici nazionali – è uno di quei strumenti che servono a compensare il cd. deficit democratico, o meglio ad elaborare una diffusa cultura europea. L'esistenza di una rete giudiziaria europea significa appunto che i valori dell'integrazione europea fanno parte del comune patrimonio (sostanzialmente) costituzionale, ma deve anche comportare che il potere giurisdizionale sviluppi – o quantomeno conservi – la dimensione antimaggioritaria che le è propria. È ancora attuale la lezione che porta a mantenere “neutro” il potere giurisdizionale, cioè a separarlo dalla politica, specie se lo si considera “dalla parte dei diritti” individuali e non semplicemente *bouche de la loi*. In un certo senso è come riprendere l'insegnamento di Montesquieu, ma alla luce della nozione sostanziale accolta dall'art. 16 della *Déclaration* a proposito della Costituzione e della valorizzazione delle situazioni soggettive. Vi è anche la considerazione che il diritto attuale è in gran parte di origine giurisprudenziale: a suo mezzo ogni soggetto partecipa in qualche modo all'elaborazione del diritto, a quell'integrazione attraverso principi e valori che si svolge sul piano culturale e sociale.

Semmai va rilevato che la dimensione europea è all'insegna della competizione e dell'egemonia: vi si affermano le soluzioni più semplici e generalizzabili, anche se più grezze (si pensi alla disapplicazione delle norme interne accolta in [Simmenthal](#) rispetto alla soluzione di provocare questioni di legittimità costituzionale); vi vale il precedente, di modo che la decisione che si mostra idonea in maniera efficace ad esprimere un principio condivisibile diviene di fatto vincolante per gli altri; vi si esprimono fenomeni di egemonia culturale (in parte legati alla primazia economica e politica). È come se il mercato delle idee (di derivazione holmesiana) avesse contagiato anche il settore della giustizia: il che non è affatto sorprendente solo se si pensa al carattere tutto sociale e storico dell'esperienza giuridica ed alla concorrenza che inevitabilmente afferisce anche alle diverse culture giuridiche, protagoniste a loro modo di una lotta per la sopravvivenza/egemonia in una versione banalizzata della selezione darwiniana. Semmai il rischio, come pure è stato criticamente rilevato a proposito della globalizzazione, ma in termini riferibili anche all'esperienza europea, è che un mercato giuridico senza regole aumenti le asimmetrie e che si allunghi la distanza tra Paesi forti e deboli, solo i primi capaci di decidere e, comunque, di influire sugli sviluppi ordinamentali, sulla base della potenza economica ovvero dell'autorità politica o, anche, della forza culturale. Pertanto, ed in un certo senso, come l'evoluzione dello Stato liberale sino alla sua trasformazione in sociale ha richiesto di dare regole al mercato e garantire, perciò, la concorrenza, condizione primaria perché mercato vi sia, anche nell'esperienza giuridica europea si avverte la necessità di elaborare regole che assicurino il mantenimento di soluzioni diverse in competizione tra loro e che indichino sempre possibili alternative.

D'altra parte, non può certo ignorarsi che sessanta anni non sono passati invano e che, appunto, l'esperienza giuridica – e prima ancora quella sociale – è segnata dall'integrazione europea, dal suo diritto e dai presupposti culturali accolti. Si pensi solo all'attenzione prestata ad interessi quali la tutela del consumatore, la necessità di assicurare concorrenza nei mercati, il riconoscimento dei titoli di studio, la stessa tutela dell'ambiente, la cooperazione giudiziaria: tutti valori da tempo riconosciuti nel nostro ordinamento, ma certamente esaltati nella prospettiva europea. Si ricordino ancora le politiche di privatizzazione e di liberalizzazione dei servizi, con quanto è stato richiesto in ordine alla separazione tra rete e servizi. La formula normativa ancora oggi più significativa, perché ispirata ad una logica incrementale ed aperta a tutti gli sviluppi possibili, è quella dell'art. 1 della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, come modificata dalla l. n. 15/2005: vi si è disposto che l'attività amministrativa è retta dai criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza secondo le modalità stabilite dalla legge e «*dai principi dell'ordinamento comunitario*». Certezza del diritto, tutela dell'affidamento, criterio di proporzionalità sono alcuni degli istituti che segnano l'osmosi tra diritto europeo ed italiano proprio nella parte in cui riconoscono come necessaria l'azione pubblica e la conformano entro regole. In particolare, all'esperienza europea si deve il riconoscimento che l'attività amministrativa è sottoposta alle regole in comune con gli altri soggetti e che lo stesso

esercizio dei poteri autoritativi è da considerare fattispecie pressoché residuale, possibile le volte in cui gli strumenti di diritto comune si rivelino insufficienti.

Il fatto è che la dimensione europea rappresenta un elemento pressoché strutturale dell'esperienza giuridica, sia che ci si volga indietro a guardare le trasformazioni intervenute, sia che si considerino i possibili contrasti tra diritto statale ed europeo e si elaborino pertanto rimedi e soluzioni ovvero si individuino chiavi di possibile definizione di tali conflitti.

2. Il cosiddetto dialogo tra le Corti.

Paradossalmente le sentenze che hanno sancito il primato del diritto europeo su quello statale (soprattutto le decisioni [nn. 183/1973](#) e [170/1984](#)) hanno fatto riferimento al potere della Corte di giustizia di «assicurare "il rispetto del diritto nella interpretazione e nella applicazione del trattato" (art. 164), [ed] esercita[re] il controllo di legittimità sugli atti normativi del Consiglio e della Commissione», quasi a sollecitare i giudici comuni a sollevare questioni di legittimità comunitaria e farlo a tutto tondo, riguardo non solo i problemi relativi alla corretta interpretazione del diritto comunitario ed alla sua prevalenza su quello interno, ma anche quelli relativi al rispetto delle norme (costituzionali) dei trattati da parte del diritto comunitario (secondario). Potrebbe dirsi che in tal modo è stato riconosciuto e pressoché da subito il valore del dialogo tra i giudici nazionali e quello europeo: non a caso la sentenza *Granital* ha ricordato le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione al Tribunale del Lussemburgo e la risposta di quest'ultimo (tecnica di citazione al tempo piuttosto inconsueta nella redazione delle sentenze della Corte costituzionale italiana).

Il dialogo, infatti, è stato in primo luogo tra giudici comuni e Corte di giustizia, anche se volto soprattutto all'interpretazione del diritto europeo ed alla sua primazia nei confronti del diritto statale: il paradigma concettuale, insomma, è stato quello che presuppone l'assunzione del diritto europeo a metro di giudizio del diritto statale. L'idea è stata espressa in maniera efficace da [Corte cost. n. 389/1989](#), che ha affermato il vincolo del giudice ed in generale di qualsiasi soggetto all'applicazione del diritto comunitario, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia: «*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. [al tempo quelli venuti in considerazione] 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea*». «*Qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" - vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*».

Anzi, da allora, «secondo il costante orientamento di questa Corte, «i principi enunciati dalla Corte di giustizia, riguardo a norme oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice a quo» ([ordinanze n. 80 del 2015](#), [n. 124 del 2012](#) e [n. 216 del 2011](#))», così [Corte cost. ord. n. 195/2016](#).

Su queste basi è stato anzi strano che si sia dovuto attendere parecchio tempo perché la stessa Corte costituzionale sollevasse questioni di pregiudizialità europea avanti il Tribunale del

Lussemburgo: dapprima con la [sentenza 102](#) e l'[ordinanza 103/2008](#), nel giudizio instaurato in via principale sulla cd. tassa sul lusso in Sardegna, vicenda definita con la [sentenza n. 216/2010](#); e, poi, con l'[ordinanza 207/2013](#) in un procedimento in via incidentale che rimane ancora la via numericamente più rilevante di accesso alla giustizia costituzionale nel nostro Paese. La stessa Corte italiana vi è giunta dopo altri giudici costituzionali e quasi costretta, per evitare di rimanere tagliata fuori nel rapporto tra giudici comuni ed il Tribunale del Lussemburgo, che da [Stauder](#) del 1969 in poi sempre più si fa interprete e tutore dei diritti.

Comunemente si rileva che le [ordinanze del 2008](#) e del [2013](#) avrebbero introdotto il cd. dialogo tra le Corti.

In una prospettiva storica la prudenza della rimessione in sede di giudizio principale espressa nel [2008](#) sembra ormai solo l'episodio di un inevitabile percorso; anzi, a distanza di tempo quella soluzione appariva più rivolta a riaffermare il cd. vincolo del potere estero alla potestà legislativa regionale (infatti, le regioni non potrebbero lamentare la violazione delle norme comunitarie da parte dello Stato), che non ad estendere gli strumenti di intervento a disposizione del giudice costituzionale ed a farlo "parlare" con il linguaggio del diritto europeo.

È da considerare che il dialogo non riguarda solo l'esperienza giurisdizionale, ma forse ancor prima quella amministrativa se, come anticipato e secondo quanto ancora tra poco si noterà, molti istituti del procedimento amministrativo sono espressioni dei medesimi principi in ambito europeo e nazionale.

Sulle modalità del dialogo sviluppato di frequente da taluni giudici rimettenti nei confronti della Corte di giustizia è da avanzare una riserva le volte in cui esso riguarda alla fine gli spazi in cui si possono creare problemi di circolazione (di persone, risorse, servizi) e non consente più di tanto il rafforzamento e l'affinamento di istituti (che sono di diritto interno quanto di livello sovranazionale), che è poi la prospettiva dell'operatore di fronte alle istanze di tutela delle situazioni soggettive. Sia che si tratta di vicende relative ai diritti della personalità, sia che si abbia a che fare con l'azione ed i comportamenti delle PP.AA., sia che si guardi ai contenuti ed agli strumenti dell'iniziativa economica, l'esigenza del giurista è quella di pervenire alla definizione di un modello da applicare, composto sì da diverse tessere ma pur sempre unitario, e sulla base di esso decidere una concreta fattispecie. Insomma, l'obiettivo dovrebbe essere quello di elaborare parametri di giudizio in cui principi ed istituti (statali e/o sovranazionali) si raffinano e si perfezionano. Per fare un esempio, la partecipazione dell'interessato al procedimento riconosciuta nel nostro ordinamento solo dalla legge ordinaria, ma secondo diffuse tesi fondata sui principi di imparzialità e buon andamento ed addirittura una delle forme in cui si esercita la sovranità popolare, può arricchirsi dell'art. 41 della Carta dei diritti (ed in una prospettiva sostanziale anche del contenuto dell'art. 6 CEDU), ed a loro volta le citate prescrizioni sovranazionali (di contenuto materialmente costituzionale) potrebbero richiamarsi a loro fondamento alla sovranità popolare, che è appunto una base ben diversa dall'accordo tra gli Stati che hanno adottato un trattato.

L'osservazione spontanea è che non si dialoga se si tratta solo di chiedere alla Corte di giustizia la sua interpretazione del diritto comunitario per poi applicarla. In questa forma si tratta di un cattivo dialogo.

Allo stesso modo viene da dire che non si fa diritto comparato alla stregua del "così fan tutti", cioè della constatazione di quanto avviene in altri ordinamenti. Il riferimento polemico è a quel filone della giurisprudenza costituzionale che guarda alle esperienze diverse per confermare alcune sue scelte. Ne è un esempio la nota [sentenza n. 10/2015](#), sull'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento, dove si legge che «*la comparazione con altre Corti costituzionali europee - quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese - mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*». È mancata in quell'occasione un'osservazione sulla legittimità della prassi ricordata o, meglio, sull'idoneità della stessa alla tutela

delle situazioni giuridiche soggettive, specie alla luce del precedente di [Corte costituzionale n. 232/1989](#).

Invero, anche quando si dialoga, si dovrebbe cercare di cambiare l'esistente, di influire sugli altri ovvero di individuare un percorso comune, e non semplicemente mutuare schemi e soluzioni.

Allora, nei confronti di un dialogo che si limiti a chiedere "cosa fare" alla Corte di Lussemburgo, come spesso è avvenuto ed avviene, sono da avanzare critiche: in ordine alla giurisprudenza costituzionale si tratta di osservazioni per così dire storiche, nel senso di essere riferite soprattutto ad una fase della giurisprudenza costituzionale precedente alla cd. [ordinanza Taricco n. 24/2017](#).

Il medesimo *refrain* del costituzionalismo multilivello risulta piuttosto descrittivo di sedi e tecniche processuali che non espressione di cd. patriottismo costituzionale, cioè di un'istanza prima di tutto assiologica che procede, si muove e si sviluppa in ambito sociale ed interessa soprattutto l'elaborazione culturale. I diritti non possono essere proclamati secondo una logica parcellizzata ed una dimensione territoriale: appunto dall'art. 16 *Déclaration* i diritti innescano una dinamica universale, oggi si direbbe globalizzante. Né è possibile attendere che la tutela dei diritti sia rinviata a tante sedi ed a tempi successivi, in ognuno dei quali si apprezzi un parametro diverso, dalla tutela della concorrenza alla garanzia da fornire ai diritti della personalità: il giudice delle libertà è quello di prima istanza, addirittura quello della fase cautelare. Invero, poiché muove dall'esigenza di tutela della situazione giuridica soggettiva, la logica del giudizio (se non dell'intero costituzionalismo) dovrebbe essere per definizione quella dell'integrazione tra i valori e, quindi, non quella della separazione (per ogni sede giurisprudenziale adottare un diverso parametro), ma quella del confronto, della conoscenza e dell'assimilazione, dell'apporto reciproco, della costruzione di un parametro unitario, che è espressione oltretutto di una comune cultura. Per definizione il tempo è in funzione della tutela giurisdizionale da riconoscere ai diritti.

Può aggiungersi che la rimessione di questioni pregiudiziali al Tribunale del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 267 TFUE e del XVI Protocollo CEDU valorizza appunto la dimensione unitaria del parametro da applicare subito ad opera del "primo" giudice, piuttosto che la logica delle tante sedi cui rivolgersi. Ad intenderlo come ammettere che le occasioni ed i parametri di riconoscimento e tutela dei diritti possano essere tanti, ognuno in qualche modo autosufficiente e piuttosto autoreferenziale, potrebbe dirsi che il *multilevel constitutionalism* sarebbe oggi superato dal diritto positivo e appunto dall'estensione della logica della pregiudizialità al sistema CEDU.

Dubbi solleva anche l'idea che nei rapporti tra diritto statale e diritto europeo (o ordinamenti europei) ci sia una sorta di vicenda ascensionale per cui bisogna fare riferimento al sistema che (nell'occasione almeno) offre maggior tutela. La tesi opera un chiaro richiamo al cd. principio della protezione equivalente, sviluppato nei rapporti tra diritto CEDU e ordinamento comunitario a partire dalla decisione [M. & Co. C. Repubblica federale tedesca](#), 1990, al tempo adottata dalla Commissione Diritti dell'uomo. Oggi essa può avere un sostegno nell'art. 53 della Carta Nizza-Strasburgo, ed anche – sia pur paradossalmente - nell'art. 23 del *Grundgesetz* come riformulato nel 1992 ed ancora nel 2008, e secondo cui «*per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale*».

Invero, la disposizione appena riportata fa della Costituzione tedesca la cartina di tornasole del processo di integrazione europea e della stessa tutela dei diritti. Si tratta in fondo del filone espresso in [Maastricht Urteil del 1993](#) e confermato in [Lissabon Urteil del 2009](#), e già – come noto - in [Solange I del 1974](#) e [Solange II del 1986](#). Antesignana di questa posizione era stata appunto la Corte costituzionale con la [sentenza n. 183/1973](#), nella parte in cui aveva insistito sull'omogeneità tra l'ordinamento europeo e quello italiano e sulle garanzie apprestate nel primo sia in ordine alla potestà normativa del Consiglio e della Commissione, sia riguardo lo «*speciale sistema di tutela giurisdizionale, caratterizzato dalla pienezza di funzioni attribuite alla Corte di giustizia*». Quella giurisprudenza, particolarmente quella tedesca, può essere intesa come avvertenza ad ogni fuga in avanti che finisca per limitare i principi fondamentali delle Costituzioni statali e le rispettive strutture,

ad iniziare dalla forma federale e dalla legittimazione democratica che deve investire chi assume decisioni, e quindi in funzione frenante del processo di integrazione. Epperò, ad accentuare il profilo dell'omogeneità tra ordinamenti, la stessa posizione può leggersi da una prospettiva che guarda con favore all'inevitabile cammino verso la stessa integrazione, un processo bisognoso sì di ritocchi e perfezionamenti, ma in ogni caso obbligato: il freno sarebbe solo temporaneo, anzi il modello più evoluto sarebbe per definizione destinato ad affermarsi nel diritto interno come in quello europeo. L'insistenza sull'omogeneità e sulla tutela dei diritti, insomma, porta talvolta a sottovalutare i conflitti, malgrado proprio [Lissabon-Urteil](#) ha avvertito che «*Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand*» (n. 240), che cioè diritto europeo e nazionale si muovono ancora su un piano di parità.

Per questo la tesi che insiste sul livello maggiore di tutela della singola posizione soggettiva è in fondo un'elaborazione ottimistica che marginalizza la "paura" dei controlimiti: infatti, se l'ordinamento europeo è omogeneo a quello statale, non vi sarà mai occasione nel dover applicare i controlimiti, tanto è vero che la [sentenza n. 183](#) riferiva l'esito alla «*sì aberrante interpretazione*» dell'art. 189 del Trattato CEE, come se si trattasse di una vicenda sul piano meramente culturale, appunto quell'interpretazione, piuttosto che quello fattuale. Ed i controlimiti (erano e) sono a tal punto un "orrore" (se si vuole un "incubo") lontano che la soluzione è stata all'inizio vista nel prendere o lasciare per intero l'ordinamento comunitario.

Invero, il problema è sempre il bilanciamento tra interessi diversi. Se è vero che «*[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*», come affermato nella [sentenza n. 85/2013](#), richiamata dalla [n. 10/2015](#), è da concludere che non sempre esiste la linea più avanzata di tutela dei diritti, ma alcune volte si torna indietro sul campo di riconoscimento e garanzia dei medesimi diritti fondamentali o, se si vuole, delle modalità di loro esercizio.

In maniera retorica è da chiedersi, di fronte ai problemi che l'immigrazione ed il terrorismo internazionale pongono alla sicurezza collettiva (il vecchio "ordine pubblico", bandito come tale anche nel nome), quale sia oggi la linea più avanzata di tutela su tali temi. Analoghi dubbi – anche se qui si toccano terreni abbastanza scivolosi dove talvolta prevalgono logiche derivanti dalle possibilità offerte dalla tecnica che non le regolazioni giuridiche sulla base dei valori considerati (più) meritevoli di tutela – possono nutrirsi riguardo le questioni della bioetica e, su altro livello ancora, nel campo dei rapporti tra costumi religiosi e necessaria laicità dello Stato. In realtà, i problemi esigono un bilanciamento tra valori tutti meritevoli di tutela ed il bilanciamento va operato alla stregua di un parametro del quale entrano a far parte sia i dati provenienti dal diritto statale che quelli (più) tipici e propri delle esperienze sovranazionali, giacché occorre elaborare sempre il criterio di decisione più opportuno.

E ciò non vale solo per gli *hard cases*, per i temi di frontiera e legati alle emergenze, ma riguarda anche vicende più minute. Ne costituisce un tipico esempio il caso Taricco che alla fine riguarda la perseguibilità dei reati tributari: vi vengono in rilievo i tempi dell'azione penale e per questo è tirato in considerazione il principio di legalità; ma a tutta evidenza si tratta pur sempre di una fattispecie tutta segnata dal diritto positivo per definizione mutevole. Come ha avvertito [l'ordinanza Taricco n. 24/2017](#), l'istituto della prescrizione ed in particolar modo la disciplina dei suoi termini sono oggetto di regolazione ad opera del legislatore sulla base dei diversi interessi coinvolti e di valutazioni di opportunità: anche ad ammettere che costituzionalmente necessari (in un'accezione sostanziale che comprende anche la parte di disciplina comunitariamente necessaria) siano alcuni segmenti, non per questo la normativa discendente sarebbe tutta vincolata, ma in ogni caso ed in gran parte frutto di scelte legislative contingenti (in ordine ai tempi di persecuzione dei reati come, sul versante meramente civilistico-tributario, riguardo modalità e tempi di recupero dell'evasione tributaria). Allora, nella vicenda non vengono tanto in considerazione i principi supremi della democrazia, quanto l'affermazione di una o di un'altra regolamentazione, il primato – potrebbe dirsi – della soluzione italiana o di quella accolta in altri Paesi, ovvero la possibilità della loro coesistenza in un

sistema europeo che ammetta differenze. Ma, come si vede, non per questo possono invocarsi i grandi principi in una versione – che si direbbe alla Schmitt - tirannica.

E lo stesso potrebbe dirsi per la disciplina del processo contumaciale, oggetto delle decisioni *Melloni* ad opera del [Tribunal Constitucional 13 febbraio 2014](#), e già della [CGUE, 26 febbraio 2013](#).

Ed ancora ciò potrebbe rilevarsi per talune ipotesi di contrapposizione di soluzioni legislative statali alla CEDU, in ordine alle quali vanno citate [le decisioni della Corte costituzionale n. 236/2011](#), relativa all'applicazione del regime prescrizione più favorevole e che ha indotto addirittura a precisare la portata della sentenza della Corte EDU sul cd. [caso Scoppola nel 2009](#); e le più recenti [n. 193/2016](#) e [n. 2/2017](#), sull'applicazione della legge successiva più favorevole per gli autori di illeciti amministrativi.

Al di là della soluzione adottata nelle singole vicende giurisdizionali, molto spesso si tratta della distanza tra modelli accolti nelle legislazioni nazionali, uno dei quali è accolto quale il più rispondente alle prescrizioni sovranazionali ovvero risulta egemone.

3. Chi è il custode dei controlimiti?

Insomma, l'idea che quello statale e quello europeo siano due ordinamenti distinti dovrebbe risultare ormai tra le ricostruzioni ormai appartenenti alla storia, frutto dell'impostazione dualista nei rapporti tra diritto statale e diritto internazionale e che, quindi, portava a riconoscere efficacia al secondo solo alle condizioni e nei limiti dettati dal primo. Si è già rilevato che tale prospettiva ha condotto a considerare l'intero ordinamento comunitario come un tutt'uno, in una logica in cui ogni problema si risolveva in una sorta di *aut aut* nell'accettazione ovvero nel rigetto dell'intero sistema.

La Corte costituzionale ha subito adottato quella soluzione, facendosi tutrice dei controlimiti come suo naturale campo di intervento. Epperò, la posizione assunta è rimasta per tanta parte vana.

In via generale essa appare attendista, nel senso che postula che si verifichi la grave incisione sui principi supremi e sui diritti fondamentali e che un giudice comune sollevi la questione alla Corte, senza considerare i tempi in cui la lesione dei diritti intanto si integra e, soprattutto, senza apprendere la lezione della storia che ha visto involuzioni in senso antidemocratico avvenute in via incrementale, magari sullo scheletro della giustificazione della “prima” violazione alla stregua di qualche interesse pubblico, di modo che solo alla fine di un percorso di eventi succedutisi ed ognuno di per sé giustificato si constata l'inevitabile trasformazione dell'ordinamento. Ma a quel punto lo strumento – la stessa soluzione – sarebbe inevitabilmente tardivo.

Il punto è che, per come è stata elaborata, la teoria dei controlimiti risulta imperniata su un'alternativa secca, appunto secondo lo schema dell'*aut aut*, sino a presupporre che un organo giurisdizionale quale la Corte costituzionale adotti la decisione politica per eccellenza, quella della permanenza dell'Italia nel sistema europeo e costringa i soggetti politici per eccellenza (Governo e Parlamento) ad operare di conseguenza. Non può non ricordarsi che in materia di relazioni internazionali i giudici sono spesso ricorsi alla tecnica abdicatoria delle *political questions*. Si tratta di elementi che, specie se sommati assieme, danno l'idea della difficile applicazione del criterio elaborato.

Al contrario, se lo spazio naturale di tutela dei diritti fondamentali – cioè a dire proprio quello dei controlimiti – è di competenza del giudice ordinario, risulta conseguente che sia quest'ultimo a farli valere sino ad ammettere da parte sua la disapplicazione del diritto europeo. Nella prospettiva storica è da riconoscere che dei controlimiti non ha saputo fare applicazione [Corte costituzionale n. 232/1989](#) (paradossalmente ignorata dalla più recente [n. 10/2015](#)), ma lo ha fatto [Consiglio di Stato n. 4207/2005](#). Anche la possibilità che l'affermazione dei controlimiti comporti l'assoggettabilità della «legge di esecuzione del Trattato» al sindacato della Corte ([n. 170/1984](#)) solo nella parte in cui consentirebbe l'ingresso nell'ordinamento italiano di una disposizione dal contenuto «aberrante», ferma restando l'adesione del nostro Paese (alla Comunità prima ed oggi) all'Unione e rimanendo

pertanto l'applicazione dell'ulteriore diritto europeo, risulta in contrasto con l'esigenza di definizione rapida del contrasto a tutela delle situazioni giuridiche coinvolte.

Quel che non convince nella teoria dei controlimiti riferiti alle comuni vicende giuridiche è che, in fondo, essa risulta pressoché di corto respiro, nel senso cioè che si preoccupa della situazione italiana, chiusa in difesa ad impedire l'accesso di disposizioni contrastanti con la nostra Costituzione, piuttosto che tentare di influire sul diritto europeo ed a conformare quest'ultimo alla stregua dei valori accolti nell'ordinamento italiano o almeno tentarci.

La realtà è che con i controlimiti si ha che fare in ogni esperienza ed in ogni tempo e che, come si è osservato, vengono in considerazione sia vicende in cui sono implicati principi supremi, sia molto più di frequente fattispecie più minute in cui si tratta di definire criteri di decisione alla stregua di tutti gli interessi coinvolti. Paradossalmente riguardo i casi che vedano la lesione dei principi supremi, può anche adottarsi la logica del "prendere o lasciare", di modo che se l'ordinamento europeo dovesse risultare «*aberrante*», sarebbe logico e naturale esercitare il diritto di recesso, secondo quanto oggi dispone l'art. 50 TUE. In ordine ad eventi che importino solo la ricerca della soluzione oggi più opportuna, nella competizione delle idee e delle tecniche, si tratta invece di individuare il bilanciamento idoneo ad affermarsi, anche se ciò dovesse comportare la compromissione parziale e temporanea di un interesse dell'ordinamento europeo, ad esempio quelli alla creazione di mercati ed alla più vasta concorrenza al loro interno.

In altri termini, come si dirà ancora appresso, si tratta di riportare i controlimiti nell'ambito dell'ordinamento europeo e considerarli prima di tutto antinomie all'interno di esso. La violazione di un diritto fondamentale integra il contrasto già con i principi medesimi del diritto europeo; anzi, a richiedere la base normativa risulterebbe violato l'art. 2 TUE, di modo che il giudice non farebbe altro che dichiararlo e spingere per la trasformazione del diritto europeo. Nella pratica quotidiana non si tratta spesso di problemi insolubili che esigono il recesso dello Stato dall'UE (malgrado su questo [Lissabon Urteil](#) abbia insistito), ma di vicende più minute che richiedono aggiustamenti e modifiche legislative. Invero, dalla [sentenza n. 183/1973](#) si continua a riferire lo stesso termine sia alle grandi questioni relative alla democrazia (della CEE, prima ed ora) dell'UE, sia a problemi più specifici e affatto risolvibili, di interpretazione delle norme ovvero di bilanciamento di interessi.

Alle operazioni di bilanciamento sono legittimati/competenti tutti i giudici, specie se li si qualifica come organi dell'ordinamento europeo. La giurisdizione è per definizione deputata a decidere sulle singole vicende, ad affermare i diritti individuali come a rinvenire il punto di equilibrio tra interessi opposti. Il diritto europeo che risultasse contrastante con i principi supremi della Costituzione italiana sarebbe probabilmente illegittimo anche dalla prospettiva europea. Ma se il contrasto fosse solo sotto il versante del diritto statale e lo stesso fosse insolubile, la scelta non può che essere quella della disapplicazione di un diritto europeo tanto "estraneo" e finanche "ostile" ad opera del giudice comune chiamato a giudicare dei diritti. Si tratterebbe di una soluzione sufficiente, proporzionata ed adeguata, pressoché obbligata, e non a caso suggerita da tempo nella dottrina italiana. Del resto, se abbandonasse la tesi che la violazione dei controlimiti richieda di necessità la fuoriuscita dell'Italia dall'UE e fosse sufficiente la disapplicazione di una singola disposizione europea, la stessa Corte costituzionale non potrebbe che suggerirla al giudice *a quo*, quasi ad indicargli il principio di diritto da applicare, *ad instar* della Corte di cassazione. Non a caso l'[ordinanza Taricco n. 24/2017](#) ha riaffermato sì la competenza del giudice costituzionale, giacché «*se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo*»; ha proposto un'interpretazione dell'art. 325 TFUE «*compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro*»; ed ha paventato la possibilità di disapplicare una regola, addirittura del trattato istitutivo, incompatibile «*con i principi supremi dell'ordine costituzionale*». La Corte assumerebbe l'iniziativa – o avallerebbe quella del remittente – accertando, «*se del caso, l'incompatibilità, e conseguentemente esclude[ndo] che la regola possa avere applicazione in Italia*».

La giurisprudenza che si è sviluppata tra il *Bundesverfassungsgericht* e la CGUE prima sul programma della BCE di acquisti Omt, Outright Monetary Transactions (da ultimo [BVGE del 21](#)

[giugno 2016](#)), e quella che sempre su iniziativa del giudice costituzionale tedesco nell'agosto 2017 si formerà sul programma QE, utilizzato nel 2015 dalla BCE per sostenere l'inflazione nella zona Euro ([Beschluss del 18 luglio 2017 – 2 BvR 859/15](#)), mostrano che il terreno di confronto tra i giudici assume i contenuti di un diritto unitario, se nel parametro da utilizzare entrano in considerazione il principio di sovranità popolare (si direbbe con [Lissabon Urteil](#) di diritto costituzionale statale), ma anche il rispetto delle competenze degli organi dell'Unione ed il divieto di aiuti di stato, vero e proprio fondamento da sempre dell'ordinamento europeo.

Il pluralismo delle giurisdizioni svolge certo una funzione positiva per arricchire il “mercato dei diritti”, ma ciò non significa configurare sedi e/o spazi di esclusività che mal si giustificherebbero alla luce del principio di effettività e speditezza della tutela giurisdizionale. Allora la stessa Corte costituzionale svolge un ruolo servente nei confronti dei giudici comuni: amplifica le loro richieste, le sostiene in ambito sovranazionale, offre loro supporto, magari le sistematizza e le sviluppa, ma non si sostituisce giammai e completamente ai giudici comuni.

E le volte in cui la prevalenza da riconoscere ad un controlimite, ossia ad un diritto fondamentale che è anche un valore dell'ordinamento europeo, portasse a disapplicare una disposizione dettata dall'UE, non vi sarebbe spazio per affermare la lesione del medesimo ordinamento e, di conseguenza, la responsabilità dello Stato e per esso dell'organo giudicante per la pretesa violazione del diritto europeo.

4. Il diritto giurisprudenziale è sempre lo stesso e per tutti?

Ad un profilo, infatti, va posta attenzione in prospettiva sintetica ed è quello se al diritto, in specie a quello giurisprudenziale, dall'ottica italiana e da quella europea si guardi allo stesso modo: il che renderebbe assai diverso lo stesso dialogo tra giudici che coltivano concezioni diverse dell'esperienza giuridica e, soprattutto, si auto-rappresentano in maniera diversa.

Nel nostro contesto l'interpretazione è soprattutto opinione, per il vincolo del giudice solo alla legge (art. 101 Cost.) e per una cultura giuridica che ha esaltato il pluralismo. Non si dispone ancora di una teoria del precedente, del vincolo che ne deriva come dei suoi limiti, cioè a dire della possibilità di superarlo ed a quali condizioni anche di carattere motivazionale. Solo in tempi piuttosto recenti sono stati codificati alcuni strumenti per istituire un filtro all'azione ovvero per valorizzare il ruolo del decidente (art. 360-*bis* c.p.c.; art. 99 d.lgs. n. 104/2010; artt. 11, 114 e 117 d.lgs. n. 174/2016). Si pensi che, ancora dopo le prime ordinanze interpretative di rigetto, ci si era posto il problema che potrebbe definirsi della terza via, cioè dello spazio da riconoscere al giudice rimettente che avrebbe potuto elaborare un'ulteriore interpretazione della disposizione indubbiata, in modo appunto da salvare la libertà del giudice *a quo* nell'individuazione del diritto da applicare.

L'interpretazione che del diritto europeo dà la Corte di giustizia è comando, ordine, *befehlen*: niente affatto opinione tra le altre e tra le tante. Insomma, la rappresentazione che la Corte di giustizia ha di sé è del tutto diversa da quella riferita ad ogni altro giudice.

Prova ne è la responsabilità del giudice statale comune per la violazione di tale diritto, da [Köbler del 2003](#) a [Traghetti del Mediterraneo del 2006](#), a [Danske Slagterier del 2009](#), in C-445/06, a [Commissione c. Italia del 2011](#), in T-370/10; a [Fernand Ullens de Schooten. c. Belgio del 5 novembre 2016](#), in C-268/15, a [Lucio Cesare Aquino c. Belgio del 15 marzo 2017](#), in C-3/16. Lo aveva avvertito [Corte costituzionale n. 389/1989](#) che l'attività dichiarativa del diritto ad opera della Corte europea ha lo stesso contenuto delle disposizioni normative. Soprattutto la Corte di giustizia ha marcato una netta differenziazione tra sé e gli altri giudici, se questi ultimi sono gli autori dell'illecito costituito dalla violazione del diritto europeo, compreso quello indicato dalla stessa Corte a mezzo della “sua” interpretazione. Il fatto costituito dall'infrazione delle regole europee è meramente un illecito, a prescindere da chi lo commesso; ed è un illecito civile, produttivo di danno e fonte di responsabilità risarcitoria, prima ancora che di altra natura.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, risultano piuttosto stonate tra loro le previsioni dell'art. 2 della l. n. 117/1988, sulla responsabilità civile del giudice, come modificato ad opera della l. n. 18/2015, appunto sulla pressione della citata giurisprudenza europea. Nel testo riformulato si trova che «*costituisce colpa grava la violazione manifesta della legge [qualunque] nonché del diritto dell'Unione europea*», e che «*in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*». Rimane, però, la formula generale, tipica della nostra cultura giuridica, secondo la quale, «*fatti salvi i [casi citati], nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove*»; ma la disposizione sembra oramai più riferita al diritto italiano che non a quello europeo. Il fatto è che la normativa del 1988 faceva perno sull'irresponsabilità del giudice nell'attività di interpretazione; quella del 2015, appunto di derivazione europea, conferma l'obbligo del giudice di applicare il diritto europeo nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia e non violarlo, così come tale obbligo si è andato conformando ed è stato affermato nel nostro ordinamento.

A questo punto il sistema risulta piuttosto squilibrato. Ad esempio non si comprende perché dia luogo a responsabilità la mancata rimessione della questione di pregiudizialità europea ai sensi dell'art. 267 TFUE, riguardo la quale sono anche intervenute le decisioni CEDU [Vergauwen c. Belgio, 10 aprile 2012](#), e [Dhahbi c. Italia, 8 aprile 2014](#); ma allo stato non integri una fattispecie di responsabilità la circostanza che non si sia chiesto al giudice costituzionale di definire il sospetto di incostituzionalità. Anche il mancato esercizio del dovere di sollevare la questione di costituzionalità può integrare una fattispecie di danno a carico del privato: perché risulta lesa l'interesse sostanziale fatto valere; perché si produce una vera e propria disparità tra vicende simili, una sola delle quali definita a mezzo del legittimo diritto; perché in ogni caso è violato il diritto al giusto processo avanti il giudice naturale competente. Altra cosa è la quantificazione delle poste di danno per i diversi profili accennati.

In generale sorgono dubbi sul fatto che per diritto si intenda la medesima cosa; che, in altri termini, la violazione del diritto statale, compreso quello di fondamento costituzionale, sia intesa un mero problema di interpretazione, quasi un accidente alla Don Ferrante, e non dia luogo ad alcuna forma di risarcimento. In realtà, la soluzione accolta nel nostro ordinamento risulta stonata: dal punto di vista del diritto soggettivo violato non vi è ragione di differenziare tra il danno procurato dall'inosservanza del diritto europeo ed il danno prodotto dalla violazione del diritto statale; anzi, se ne avverte il contrasto con il principio di solidarietà e con quello di eguaglianza se un danno causato da un organo dello Stato non viene risarcito. Ad ammettere che il diritto possa e debba evolversi a mezzo dell'interpretazione, ciò dovrebbe valere per lo stesso diritto europeo. Gli errori nell'interpretazione giurisprudenziale sarebbero ammissibili giacché “naturale” costo di quel bene costituito dall'evoluzione giurisprudenziale. Il fatto è che non vi è ragione di distinguere tra il diritto statale e quello europeo: il giudice organo dello Stato che viola il diritto, produce danno al soggetto privato, anche solo per il tempo necessario a far valere le proprie ragioni, e tale danno va risarcito. La tutela dei diritti ed il principio di solidarietà, entrambi sanciti nell'art. 2 Cost., reclamano di non lasciare senza protezione le situazioni giuridiche private ed anzi di farsi carico delle affezioni che possono essere state infitte ad alcuni cittadini per l'esercizio delle funzioni pubbliche.

Per ritornare al diritto europeo ed alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo può essere avanzato il sospetto che la [decisione della Corte di giustizia sulla vicenda Taricco, 8 settembre 2015](#), in causa C-105/14, sia anche il frutto della consapevolezza di non permettere che il diritto europeo mostri crepe, soprattutto laddove si tratta di assicurare all'Unione i mezzi finanziari necessari.

5. *La tradizione e le tradizioni: perché non valorizzare dal basso la tradizione costituzionale comune? L'obbligo del giudice statale di individuare il diritto europeo “giusto”.*

[Lissabon-Urteil](#) ed in parte anche l'[ordinanza Taricco](#) affermano una soluzione di stampo identitario che intende valorizzare la differenza/distanza tra il diritto europeo e quello statale: sotto il versante giurisdizionale esse sembrano adottare uno schema secondo il quale la Corte di giustizia dovrebbe lasciare agli Stati la loro identità giuridica e, prima ancora, culturale. Con le parole del Bundesverfassungsgericht *«Die verfassungsgebende Gewalt der Deutschen, die sich das Grundgesetz gab, wollte jeder künftigen politischen Entwicklung eine unübersteigbare Grenze setzen. Eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in Art.1 und Art.20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig (Art.79 Abs.3 GG). Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnungselbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.»* (n. 216).

Non può dirsi se tale soluzione avrà risultato. Quella del Lussemburgo è una Corte che preserva in maniera forte l'idea di un diritto europeo che non ammette spazi di differenziazione né di disapplicazione; la quale oppone ancora ostacoli all'adesione dell'UE alla CEDU pur prevista dal Trattato di Lisbona del 2007. Si pensi al [parere 18 dicembre 2014, n. 2/13](#), volto a mantenere l'autonomia del diritto dell'Unione e la competenza esclusiva della stessa Corte di giustizia riguardo la sua interpretazione, anche al costo di insistere sul carattere pattizio del fondamento del diritto europeo primario, appunto i trattati firmati dagli Stati, quasi a negare che abbia natura sostanzialmente costituzionale un percorso di integrazione attorno a valori e che, soprattutto, vede il coinvolgimento di milioni di persone impegnate nelle più varie attività, comprese quelle di produzione di beni e di servizi, e che addirittura eleggono un parlamento rappresentativo. Che il diritto europeo assuma ancora la sua legittimazione dai trattati è stato un punto sul quale [Lissabon Urteil](#) ha insistito: *«Aus der fortbestehenden, mitgliedstaatlich verankerten Volkssouveränität und aus dem Umstand, dass die Staaten die Herren der Verträge bleiben, folgt - jedenfalls bis zur förmlichen Gründung eines europäischen Bundesstaates und dem damit ausdrücklich zu vollziehenden Wechsel des demokratischen Legitimationssubjekts -, dass den Mitgliedstaaten das Recht zur Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms nicht entzogen sein kann»* (n. 334); *«Der europarechtliche Anwendungsvorrang bleibt auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein völkervertraglich übertragenes, demnach abgeleitetes Institut, das erst mit dem Rechtsanwendungsbefehl durch das Zustimmungsgesetz in Deutschland Rechtswirkung entfaltet. Dass das Institut des Anwendungsvorrangs nicht ausdrücklich in den Verträgen vorgesehen ist, sondern in der Frühphase der europäischen Integration durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs durch Auslegung gewonnen worden ist, ändert diesen Ableitungszusammenhang nicht. Es ist eine Konsequenz der fortbestehenden Souveränität der Mitgliedstaaten, dass jedenfalls dann, wenn es ersichtlich am konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl mangelt, die Unanwendbarkeit eines solchen Rechtsaktes für Deutschland vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wird»* (n. 339).

A seguito della [sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona](#) in Germania è stata adottata subito la legge volta ad aumentare i poteri di decisione del Parlamento tedesco all'elaborazione del diritto europeo. Si ricorderà che anche a seguito della [sentenza Kreil della CGCE del 2000](#) si modificò prontamente con legge costituzionale l'art. 12a *Grundgesetz*. Epperò, in ordine ai contenuti del diritto europeo cd. derivato sembra che talvolta non ci sia comunicazione alcuna tra giudici, legislatori e governi nazionali, come se le questioni sollevate dai giudici statali che rilevano contrasti tra il diritto europeo ed i principi del diritto nazionale, specie quando si tratta delle Corti costituzionali o supreme, non trovassero alcun ascolto né nella sede nazionale ove si provvede appunto alla legislazione statale, né nella sede europea, ove Commissione, Consiglio dei ministri e Parlamento, composti pur sempre da rappresentanti degli Stati, continuano ad elaborare un diritto europeo derivato che risulta antinomico a principi definiti fondamentali in ambito nazionale. La separazione dei poteri e l'indipendenza da riconoscere al potere giurisdizionale non significa certo che i decisori politici non debbano tener conto delle indicazioni provenienti dai giudici in ordine al conflitto tra valori coinvolti. Dovrebbe essere pressoché scontato che dalle decisioni giurisdizionali

(europee come statali) giungano segnali che i soggetti politici valutino in occasione della predisposizione normativa. Eppure bisogna constatare che molte volte il contrasto paventato rimane affidato alle sedi giurisdizionali e non travalica sino ad estendersi all'ambito normativo. Anche a questo proposito l'[ordinanza Taricco n. 24/2017](#) inaugura un corso assai significativo perché distingue tra il piano della tutela dei diritti individuali fondamentali e quello della «*responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione*»; si interroga sulla legislazione sopravvenuta e giunge, in caso di esito negativo della verifica, a ritenere «*urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, eventualmente anche evitando che l'esito sia compromesso da termini prescrizionali inadeguati*».

Alla fine la soluzione identitaria risulta frenare il processo di integrazione europea oppure lo lega alle scelte di qualche ordinamento risultato egemone e le cui soluzioni – di ordine sostanziale come processuale – divengono dominanti nello spazio sovranazionale. Infatti, a volte il contrasto tra diritto statale e diritto europeo è tra diritti statali in competizione per l'esclusiva affermazione, quasi a far diventare decisione europea una soluzione (dapprima solo) statale. L'obiettivo dovrebbe essere quello di conservare in Europa i presupposti della concorrenza di soluzioni giuridiche, che è condizione medesima della costruzione dell'Unione. È significato che la sentenza del [Tribunal Constitucional sul caso Melloni](#) nel momento in cui si è pur riferita al primato del diritto europeo, abbia discusso di singole tradizioni costituzionali statali: «*la primacía del Derecho de la Unión Europea jurisdiccionalmente proclamada opera respecto de un Ordenamiento, el europeo, que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales, lo que nos llevó a subrayar que es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales (en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3)*». In tal modo la decisione ha ripreso la formulazione dell'art. 6 TUE, eppure ne ha mutato il contenuto, giacché non ha richiesto che tali «tradizioni» siano «comuni» e quindi ha valorizzato i presupposti costituzionali nazionali, anch'essi “legittimati” a stare dentro l'ordinamento europeo, anch'essi riconosciuti e, forse, un giorno destinati a generalizzarsi e divenire comuni. E paradossalmente il [Tribunal Constitucional](#) lo ha fatto in premessa per “salvare” la disciplina italiana sul processo penale contumaciale alla stregua della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo.

Nell'[ordinanza Taricco, n. 24/2017](#), la Corte costituzionale italiana ha sollevato il problema del vincolo del giudice nei confronti della legge specie in materia penale: «*un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law*», «*limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale*». L'ordinanza, infatti, si è impegnata in un costruttivo esame dei rapporti tra ordinamento costituzionale italiano, tradizione di *civil law*, ordinamento europeo che ha da sempre accolto il principio di legalità, sino a proporre un'«*interpretazione [che] se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità*». Insomma, la Corte italiana si è esercitata a ricostruire proprio i presupposti valoriali del diritto europeo ed a proporre, quantomeno, che la concezione “forte” del principio di legalità discendente dalla considerazione sostanziale della prescrizione valga per alcuni Paesi.

Il punto è che devono farsi convivere unità/omogeneità con differenziazione e se va ricercata l'uniformità attorno alcune regole-principi, può accettarsi che altri spazi rimangano nella disponibilità degli Stati. In altri termini si tratta di accentuare i caratteri del diritto europeo volti all'armonizzazione più che all'uniformità.

È come se anche all'ordinamento europeo dovessero riferirsi i caratteri, al tempo stesso, dell'unità e del riconoscimento dell'autonomia che l'art. 5 Cost. riferisce ai rapporti tra Stato ed autonomie. A

lungo si è discusso in passato circa la natura federale (della Comunità e) dell'Unione. La circostanza che manca tuttora una politica unitaria in materia di politica estera e militare porta a ritenere che non si sia ancora pervenuti allo stadio della federazione di stati; (anche se fenomeni di secessione non sono sconosciuti nell'epoca contemporanea: si pensi al Quebec ed alla stessa Catalogna). L'uscita del Regno Unito dall'Unione, poi, dimostra che il processo di integrazione può essere ancora e sempre contrastato. Il rigetto del Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa è un ricordo piuttosto recente e dà prova che fondamento dell'Unione è ancora la volontà degli Stati quale risulta espressa a mezzo dei Trattati, che non un testo idoneo a suscitare un (vero e proprio) patriottismo costituzionale. [Lissabon-Urteil](#) ha insistito sul punto con osservazioni che hanno assunto a fondamento addirittura il principio di sovranità popolare.

Epperò, il modello dell'art. 5 Cost. (ma anche degli artt. 20 e 28 del *Grundgesetz* e dell'art. 2 della Costituzione spagnola) è di carattere generale e ben può applicarsi a tutti gli ordinamenti (di stampo federale o no) che pretendono di mettere assieme unità ed autonomia. Allorquando nell'art. 4 TUE si afferma che «*l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali*», si pone un principio che fonda i criteri di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall'art. 5 e dal relativo Protocollo n. 2, che vale anche per il diritto derivato, ma che dovrebbe riguardare anche la fase dell'applicazione giurisprudenziale.

Anzi, quelli appena indicati da elementi di debolezza possono diventare elementi di forza, cioè di un processo di legittimazione sociale dal basso dell'Unione, se il contenuto del diritto europeo derivato in misura maggiore di quanto succede adesso fosse conformato in modo da richiedere omogeneità su alcune disposizioni di principio e consentire spazi di regolazione diversificata ad opera degli Stati e/o delle loro articolazioni (Regioni, *Länder*, *Comunidades Autónomas*, ecc.). Lo si ripete: secondo una dinamica già presente nell'ordinamento europeo e che va estesa e diffusa.

La tradizione costituzionale comune, allora, potrebbe sciogliersi nell'ammettere che, attorno ad un suo nucleo duro, vi siano sue diverse espressioni, tutte legittime: in altri termini, potrebbe dirsi, che oltre alla tradizione, anzi sviluppandosi da essa, esistano e vadano conservate proprie tradizioni, da non travolgere all'insegna della uniformità. La stessa nozione è stata sinora utilizzata più quale strumento per estendere i poteri della Corte di giustizia che non per indicare un patrimonio culturale della società europea. L'impressione è che non sia diventata un concetto giuridico usato anche nelle sedi giurisdizionali ordinarie, come se in tali sedi di volta in volta si debbano utilizzare diversi parametri di decisione. Eppure, l'idea di un parametro unitario integrato delle diverse componenti giuridiche da utilizzare risponde all'esigenza di indicare da subito risposte ai cittadini ed agli operatori economici, i quali oltretutto richiedono certezza sulla regolazione dei mercati.

Dalla prospettiva che considera unitario l'ordinamento composta da segmenti statali ed europei il primo "custode" della tradizione costituzionale comune e di quella nazionale è il giudice ordinario chiamato a decidere su un fatto e ad applicarvi l'unico diritto. Ad esso spetta operare il primo bilanciamento tra le esigenze di uniformità e di differenziazione. Ad esso compete anche indicare per primo il diritto europeo di riferimento.

In occasione della rimessione alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE della questione pregiudiziale, molte ordinanze si limitano a chiedere in maniera asciutta alla Corte la compatibilità di discipline interne con il diritto comunitario, senza prendere posizione in maniera argomentata sulla vicenda, cioè senza anticipare quale dovrebbe essere la risposta e/o la soluzione. Anzi, l'insistenza sull'obbligo degli organi giurisdizionali di ultima istanza di sollevare le questioni di pregiudizialità europea e sulla responsabilità dello Stato per l'inattività degli stessi organi rischia di indurre ad una forma di burocratico rispetto di un onere inteso soprattutto quale di ordine processuale. Epperò, risulta paradossale che nel corso di un giudizio sulla questione la Commissione e gli Stati possano prendere posizione suggerendo alla Corte la soluzione da adottare, ma che il giudice si limiti a formulare una domanda in termini piuttosto concisi.

La mia idea è che, come già operano alcuni tribunali e come appunto ha fatto l'[ordinanza Taricco n. 24/2017](#), diventi un fatto istituzionale e pressoché automatico che il giudice *a quo* indichi già

nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia la sua soluzione: dal giudice delle situazioni giuridiche soggettive provenga già la risposta al giudice che deve dichiarare il "giusto" diritto europeo, pressoché una proposta da confermare, respingere, modificare, integrare, ecc. In tale soluzione, ovviamente, il giudice *a quo* si farebbe carico di conciliare per quanto possibile le esigenze di unità e di differenziazione; e nel caso di insuccesso indicherebbe il valore cui riconoscere preminenza.

6. *Salvaguardare il pluralismo giurisdizionale: è tempo per un controllo diffuso e per fare della Corte di giustizia una Corte suprema?*

In tal modo il diritto europeo non è altro né diverso da quello statale perché fin dalla prima sede giurisdizionale viene in considerazione l'intero contesto normativo da applicare, composto da principi, regole e prassi interpretative di derivazione al tempo stesso statale ed europea, spesso in relazione di contiguità perché gli uni sono in sviluppo degli altri, espressioni in parte di un nucleo duro comune ed in parte di differenze che "resistono" alla tendenza uniformizzante.

In un certo senso è come riferire alla fase discendente ed applicativa del diritto europeo le esigenze partecipative che hanno da tempo ispirato la fase ascendente e che hanno provocato il rafforzamento dei poteri dei parlamenti nazionali all'elaborazione, appunto, del diritto europeo, come nella l. n. 234/2012, che sancisce in termini generali il potere del parlamento italiano a partecipare «*al processo decisionale dell'Unione europea*» (art. 1), ed arriva a sancire la riserva di esame parlamentare (art. 10); come è avvenuto in maniera esemplare con la riforma dell'art. 23 *Grundgesetz* in ordine a cui è intervenuta appunto la decisione [Lissabon](#); ma come prevedono già i principi di sussidiarietà e proporzionalità dell'art. 5 TUE ed il Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali. Ora, il rispetto dell'«*identità nazionale*» degli Stati membri (art. 4 TUE) – e sarebbe da dire degli ordinamenti/comunità statali – caratterizza ed ispira per intero l'esperienza giuridica, compresa quella applicativa ad opera del giudice. L'esito è pressoché necessitato: in sede giurisdizionale vengono in rilievo non solo le disposizioni particolari dei singoli atti legislativi (artt. 288-289 TFUE), ma le norme dei trattati istitutivi ed appunto i principi e/o i valori sui quali l'Unione si fonda (art. 2 TUE) e l'interpretazione delle une e degli altri, che è una tipica produzione giurisprudenziale.

A ritenere appunto che il giudice sia organo dello Stato-ordinamento, ed a riferire all'Unione la distinzione tra persona ed ordinamento, e sempre a fare del giudice il tutore dei diritti soggettivi, la soluzione che potrebbe dirsi d'integrazione giurisdizionale rafforza la dimensione sociale del diritto europeo e, quindi, la sua legittimazione. Il pluralismo delle giurisdizioni è un'esigenza perdurante discendente dal valore del pluralismo sociale accolto appunto dall'Unione.

Il modello di un giudice che definisce per primo il diritto da applicare, compreso quello di derivazione europea, fa superare l'idea che l'art. 267 TFUE assegni alla Corte di giustizia una competenza esclusiva sull'interpretazione dei trattati e degli atti europei e sulla validità di questi ultimi. Ciò non sembra impedito secondo la normativa attuale: la "proposta" della corretta soluzione europea introduce elementi di controllo/sindacato diffuso, ma allo stato ciò non sembra un esito inattuabile. Sullo sfondo emerge la possibilità di intervenire sull'art. 267 e fare della Corte di giustizia una corte suprema che verifichi la legittimità delle soluzioni definite dai giudici comuni. Nell'uno e nell'altro modello si prospetta un dialogo effettivo tra le giurisdizioni, che involge soprattutto la dimensione culturale, della quale il diritto rimane significativa esperienza.

Si ricorderà che il problema di conciliare unità attorno a valori e strumenti, addirittura voci che indichino tali valori, è vecchio ed è tipico di ogni organizzazione che acquista un minimo di complessità: in *Numeri* (11, 16) si racconta della prima assemblea del popolo ebreo in cammino verso la terra promessa. Dio chiese a Mosè di radunare settanta uomini con i quali condividere il peso delle decisioni; in termini piuttosto laici si passava dal monopolio di Mosè nel parlare in nome di Dio ad una dimensione collettiva che serviva al tempo stesso in funzione ascendente (i settanta erano in qualche modo rappresentanti delle tribù) e con un ruolo discendente (le decisioni assunte avrebbero

dovuto essere spiegate e si sarebbe dovuto cercare il consenso attorno ad esse). Due dei selezionati cominciarono a parlare in nome di Dio, malgrado non avessero raggiunto l'assemblea, cioè il luogo e/o la sede deputati alla decisione. Era inevitabile che insorgessero gelosie, eppure Mosè apprezzò il fatto, convinto che le voci riguardanti i valori non possano avere pretesa di esclusività e che il popolo che egli stesso formava attorno alla regolazione normativa esigesse strumenti ispirati ad un consenso quanto mai ampio e ad una logica più socializzante di quella seguita sino allora.

Antonio Ruggeri
Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*

SOMMARIO: 1. *La solidarietà tra modello costituzionale ed esperienza: un principio esigente ed onnipervasivo, idoneo ad adattarsi camaleonticamente ai contesti ai quali si applica.* – 2. *Una questione sopravvalutata, in relazione al carattere aperto o chiuso del catalogo dei doveri costituzionali, e il rapporto complesso che s'intrattiene tra l'eguaglianza e la solidarietà.* – 3. *Carattere "circolare" della relazione intercorrente tra la solidarietà e i diritti fondamentali per un verso, i principi fondamentali restanti per un altro.* – 4. *Le prestazioni di solidarietà sollecitate dalla condizione d'immigrato o di migrante.* – 5. *La forma più matura di solidarietà: aiutare gli immigrati a custodire la propria identità costituzionale e, allo stesso tempo, ad integrarsi nell'ordinamento di arrivo.* – 6. *La drammatica condizione in cui versano i migranti e le vistose carenze esibite dallo Stato e, più ancora, dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea nel dar loro accoglienza e ristoro.*

1. *La solidarietà tra modello costituzionale ed esperienza: un principio esigente ed onnipervasivo, idoneo ad adattarsi camaleonticamente ai contesti ai quali si applica*

Il titolo della riflessione che mi accingo a svolgere ha al suo interno una parola-chiave che, grazie alla centralità di posto assegnatole, fa da ponte o da snodo tra i termini che compongono il titolo stesso. Il lemma "prova" evoca, infatti, subito l'idea del passaggio dal modello costituzionale all'esperienza, dovendosi stabilire se (e fino a che punto) il primo resista e riesca a farsi valere davanti alla seconda, specie in considerazione del fatto che quest'ultima, quale che sia il modo con cui sia valutata, per comune riconoscimento si presenta imponente, esorbitante da qualunque schema per la sua descrizione in passato forgiato.

È perciò evidente che il primo passo da fare è cercare di mettere a punto il modello stesso, ricostruendone, sia pure con la sintesi imposta a quest'analisi, i lineamenti e i contenuti essenziali.

Qui, tuttavia, si va subito incontro ad una prima difficoltà, a motivo del fatto che il modello – è ormai provato – non può essere apprezzato come si conviene ad un piano teorico-astratto, *in vitro*, esso stesso rimandando per la sua parte all'esperienza e da questa in copiosa misura attingendo al fine della sua complessiva, incessante riconformazione¹. È risaputo infatti che parole antiche, quali quelle di diritto soggettivo o di dovere giuridico, si caricano col tempo di inusuali valenze e proprio i principi fondamentali che assai spesso vi danno voce, col riferimento in essi fatto a valori transepocali, se non pure autenticamente universali, a partire da quelli di libertà ed eguaglianza², vanno soggetti a profonde evoluzioni e, a conti fatti, a vere e proprie trasformazioni strutturali la cui consistenza si rende palese solo col tempo, grazie alla osservazione retrospettiva di talune esperienze, fatte quindi oggetto di sistemazione teorica continuamente aggiornata. L'esperienza è, appunto, il luogo in cui tutto ciò viene ad emersione; è essa ad offrire i materiali che danno la misura del cambiamento; un'esperienza che va, peraltro, considerata in ogni suo aspetto o manifestazione, rilevando quale esperienza normativa, giurisprudenziale, amministrativa, meramente fattuale. Ed è chiaro allora che diventa assai arduo liberarsi dal laccio di una sterile e soffocante autoreferenzialità, quale si ha ogni

* Relazione al Convegno su *Cittadinanza, immigrazione e diritti: i sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie*, Udine 27 ottobre 2017, alla cui data lo scritto è aggiornato. Avverto che, a fronte della vastità del campo materiale attraversato da questa riflessione e della complessità delle questioni teoriche da esso emergenti, i richiami di letteratura saranno qui ridotti all'essenziale.

¹ E, poiché l'esperienza è attraversata da un moto perenne, parimenti in moto è la Costituzione, che è appunto nel suo divenire [della Costituzione come *processo*, più e prima ancora che come *atto*, discorre soprattutto A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.; a riguardo del moto della Costituzione, v., poi, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013].

² ... costitutivi di quella che si è altrove chiamata la *coppia assiologica fondamentale* (l'espressione trovasi, tra gli altri miei scritti, in *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 18 aprile 2016, 12 s.).

qual volta l'oggetto del giudizio si fa, per la sua parte, parametro o, comunque, non può essere tenuto fino in fondo, innaturalmente separato da questo.

A tutto ciò si aggiunga un dato al quale va prestata la massima attenzione; ed è che quello di solidarietà appare essere un principio particolarmente esigente o ambizioso e – ciò che più importa – onnipervasivo. Si dirà che ogni principio fondamentale lo è e che uno degli indici della “fondamentalità” è appunto dato – secondo la magistrale indicazione teorica di una non dimenticata dottrina³ – dalla vocazione dei principi⁴ che per sé la rivendicano alla loro affermazione “tirannica”. Questo che è un tratto distintivo di ogni canone posto a base dell'ordinamento⁵ si presenta tuttavia in forme particolarmente evidenti e pronunziate nel principio qui nuovamente preso in esame.

D'altro canto, come la stessa Carta riconosce, non v'è ambito materiale (politico, economico, sociale) che possa restare sottratto alla “copertura” e qualificazione da parte della solidarietà, che perciò si declina al plurale e, pur restando – come si vedrà a momenti – sempre identica a sé nella sua struttura costitutiva elementare, si articola variamente negli ambiti sui quali si dispone e svolge, assumendo sembianze continuamente cangianti ed adeguate ai contesti ai quali si applica.

Si faccia subito caso alla differenza rispetto ai diritti fondamentali, in ispecie a quelli di prima e seconda generazione – come sono, ancora oggi, chiamati, pur nella ormai acquisita consapevolezza delle non lievi difficoltà cui va incontro ogni tentativo volto a tenerli rigorosamente distinti –, i quali hanno campi diversi in cui si fanno valere. Un diritto fondamentale può essere (ed effettivamente è), per il modo con cui è usualmente rappresentato, di questo o quel tipo o di questa o quella specie; la solidarietà, di contro, si mostra refrattaria ad essere catalogata, ingabbiata, ricorrendo ad una sola sistemazione *quale che sia*: è, infatti, un dovere che camaleonticamente si trasforma ed adegua all'ambiente in cui si trova, confondendosi con esso. La qual cosa – com'è chiaro – rende estremamente disagiata il compito di chi è chiamato a dare una descrizione delle sue complessive movenze per quanto possibile esaustiva.

2. Una questione sopravvalutata, in relazione al carattere aperto o chiuso del catalogo dei doveri costituzionali, e il rapporto complesso che s'intrattiene tra l'eguaglianza e la solidarietà

Le succinte e palesemente incomplete notazioni appena svolte giovano, ad ogni buon conto, a ridimensionare e – direi – a sdrammatizzare un'antica e vessata questione, in merito al carattere chiuso ovvero aperto della clausola relativa ai doveri inderogabili, di cui all'art. 2 della Carta. Una disputa che, a mia opinione, non ha motivo di esistere, per la elementare ragione che è nel DNA stesso della solidarietà (e, perciò, dei doveri in cui essa prende corpo) non rinchiudersi asfitticamente in schemi teorici monotipici bensì di aprirsi e – vorrei dire – donarsi all'esperienza, ovunque si manifesti il bisogno di prestazioni di un uomo a beneficio di un altro uomo, quali che ne siano la natura, le forme espressive e gli effetti.

Certo, ci sono doveri costituzionalmente tipizzati e ricadenti negli ambiti materiali (politico, economico, sociale) indicati nel disposto costituzionale appena richiamato⁶. Ma ogni forma di

³ Ovvio il riferimento al pensiero di C. Schmitt, su cui è piovuta – come si sa – un'autentica messe di studi variamente orientati.

⁴ ... e, risalendo, dei valori cui gli stessi danno voce in seno alla Costituzione e, distributivamente, all'intero ordinamento dagli stessi fondato. Non indugio, ad ogni buon conto, qui sulla vessata questione relativa alla distinzione tra principi e valori, termini che esclusivamente per scorrevolezza espositiva userò talora in modo promiscuo.

⁵ In esso, infatti, si specchia e nel modo più genuino ed immediato traduce l'essenza dei valori pregiuridici in nome dei quali l'ordinamento è stato rigenerato nella sua struttura costituzionale dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra.

⁶ Per un chiaro quadro di sintesi, dopo F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, v., di recente, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 aprile 2015, nonché in *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss., e, *amplius*, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016.

prestazione ed ogni prestazione data, personale o patrimoniale che sia, secondo quanto stabilisce l'art. 23, può ricondursi al principio di solidarietà, costituirne cioè svolgimento e conferma.

Qui, nuovamente si ha riprova del carattere circolare che è proprio del rapporto intercorrente tra modello ed esperienza. L'art. ora cit. rimanda, infatti, alla legge e questa può, perciò, far espandere ovvero, in via di mera ipotesi, contrarre l'area entro la quale la solidarietà si manifesta⁷: immaginare nuove forme di solidarietà, di cui si abbia quindi riscontro nella legge, equivale nei fatti ad introdurre doveri nuovi di solidarietà che, veicolati dall'art. 23, si saldano quindi alla *Grundnorm* dell'art. 2.

È ovvio che le prestazioni hanno (e devono avere) pur sempre un orientamento teleologico (o, meglio, assiologico-sostanziale) nella solidarietà, rinvenendo in se stesse il fondamento e il fine, nell'assunto che ogni essere umano è (e deve diventare) una risorsa preziosa per ogni altro e, perciò, della società cui tutti appartengono. Contrariamente alle apparenze, la legge di cui è parola nell'art. 23 non ha, dunque, carta bianca, non può cioè fare e disfare a piacimento le prestazioni dalla stessa istituite e regolate, dovendo pur sempre e fermamente tendere all'obiettivo dell'affermazione della solidarietà, la quale – come si vede – si ritrova ad essere parametro di... *se stessa*, vale a dire delle prestazioni che ad essa fanno richiamo al fine della giustificazione della loro esistenza⁸.

Il fine costituzionale della solidarietà, ad ogni buon conto, è chiaro; lo si può cogliere ed apprezzare come si conviene grazie alla consecuzione non casuale in cui stanno nella trama costituzionale libertà, doveri, eguaglianza. Il ponte che unisce il primo all'ultimo termine è appunto dato dalla solidarietà: è quest'ultima che dà modo alla libertà di risolversi nella eguaglianza (specie nella sua declinazione sostanziale), così come a questa di tradursi in quella⁹, ciascun termine acquistando teorico e pratico senso solo nel suo appoggiarsi agli altri, tutti così facendo appunto "sistema"¹⁰. La rimozione degli ostacoli di cui tratta il secondo comma dell'art. 3, allo scopo di dar modo a ciascun essere umano di portare a compimento i propri progetti di vita, non potrebbe aversi se non ispirandosi alla solidarietà, affermandosi dunque per il tramite di questa. Appagandosi il bisogno di libertà e realizzandosi l'eguaglianza, anche (e soprattutto) per il tramite della solidarietà, acquista pratico senso la dignità, che altrimenti resta vuota parola solo retoricamente enunciata. Come si è tentato di mostrare altrove¹¹, la solidarietà, unitamente alla fedeltà alla Repubblica, è la dignità *in action*.

Il rapporto intercorrente tra eguaglianza e solidarietà appare invero essere complesso¹². Per un verso, infatti, la prima è condizione della seconda, è la base su cui questa può (e deve) poggiare, non immaginandosi pretese di prestazioni da parte di soggetti che già in partenza versino in condizioni di sostanziale discriminazione a beneficio di chi è invece stato dalla sorte avvantaggiato. Per un altro verso, però, è proprio dalla solidarietà – come si è appena rilevato – che vengono le risorse e la spinta per l'affermazione dell'eguaglianza, che rimarrebbe altrimenti senza significato, anzi espressiva di

⁷ Plurime ragioni, la cui esposizione richiederebbe uno spazio ora non disponibile e che riportano, per un verso, alla crescita degli impegni gravanti sui pubblici poteri specie in ambito economico-sociale e, per un altro, all'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea, depongono tuttavia nel senso dell'allargamento continuo dell'area in cui si richiedono manifestazioni di solidarietà, piuttosto che in quello della sua riduzione.

⁸ È pertanto chiaro che la legge chiamata a scendere in campo dall'art. 23 soggiace ad un sindacato di ragionevolezza, in una delle sue più genuine e qualificanti espressioni, vale a dire quale congruità della norma, a un tempo, al fatto e al valore. La rispondenza alla solidarietà, infatti, rimanda in ordine al suo congruo apprezzamento alla situazione di fatto e, perciò, in buona sostanza, alla condizione in cui versano i soggetti che ne hanno il più pressante e urgente bisogno.

⁹ Con specifico riguardo alle mutue implicazioni che si intrattengono tra libertà ed eguaglianza, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

¹⁰ Al "sistema", non a caso, la giurisprudenza fa in modo insistito richiamo (*ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn. [236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 85, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#); [63 del 2016](#); [124 del 2017](#)). La qual cosa vale non soltanto al fine, specificamente avuto di mira dalla giurisprudenza stessa, di tener conto ogni volta dell'insieme dei beni della vita o interessi costituzionalmente protetti, assicurandone un'adeguata ponderazione, ma, più e prima ancora, allo scopo d'intendere in modo compiuto gli enunciati che li riguardano, i quali hanno tutti bisogno di alimentarsi a vicenda, rigenerandosi semanticamente per le complessive esigenze dei singoli casi, secondo quanto si avrà modo di vedere meglio a momenti.

¹¹ ... nel mio *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in [Dirittifondamentali.it](#), 15 aprile 2014, § 3.

¹² Raguagli sul punto, di cruciale rilievo, nel mio *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 18 maggio 2017, spec. 5 ss.

un'autentica beffa a danno delle persone maggiormente vulnerabili e bisognose, se priva dell'alimento e del sostegno da parte di quella.

3. Carattere "circolare" della relazione intercorrente tra la solidarietà e i diritti fondamentali per un verso, i principi fondamentali restanti per un altro

La circolarità ha una più larga ed espressiva valenza, estendendosi al rapporto tra solidarietà e diritti fondamentali in genere per un verso, solidarietà ed altri principi fondamentali per un altro.

Ancora una volta, non è concepibile la richiesta di prestazioni di solidarietà da parte di coloro cui sono negati i diritti; è pur vero, però, che questi ultimi possono ricevere sostegno e alimento dalla solidarietà. Le due parti di cui si compone l'art. 2 della Carta si fanno dunque reciprocamente rimando, si dispongono in circolo, componendosi in unità inscindibile e complessivamente significativa¹³.

I diritti fondamentali – si è tentato altrove di mostrare¹⁴ – sono bisogni elementari dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza "libera e dignitosa"; come tali, non possono non essere riconosciuti a tutti gli uomini: com'è stato fatto notare da una sensibile dottrina¹⁵, i diritti umani "per essere tali, debbono fare a meno del distinguo tra 'noi' e 'loro'"¹⁶. Un diritto fondamentale riservato ai soli cittadini sarebbe, dunque, un ossimoro costituzionale, un'autentica *contradictio in adiecto*, per effetto di siffatta chiusura negandosi *in nuce* la "fondamentalità" del diritto¹⁷. E non è casuale il fatto che il riferimento positivo che, nel modo più genuino ed immediato, evoca il concetto di diritto fondamentale venga dal disposto dell'art. 36, che poi è filiazione diretta dell'art. 1 in cui – sempre non a caso – è fatto richiamo ai valori del lavoro e della democrazia, composti in unità significativa ed internamente inscindibile.

Mi permetto al riguardo di fare una piccola precisazione ad un pensiero, come di consueto profondo, del compianto S. Rodotà, col quale ci ricorda che "le più significative innovazioni costituzionali del secondo dopoguerra si colgono essenzialmente nelle costituzioni dei 'vinti', quella italiana del 1948 e il *Grundgesetz*, la Legge fondamentale tedesca del 1949 ... Nella prima il riferimento iniziale è il lavoro, nella seconda la dignità"¹⁸. Quest'ultima, infatti, che pure dispone – com'è noto – di specifici riferimenti costituzionali, è già *in nuce* nel richiamo al lavoro, nel suo fare tutt'uno col carattere democratico della Repubblica, secondo quanto è espressamente dichiarato nel già cit. art. 36.

Secondo una efficace espressione di Papa Francesco, che peraltro sul punto è tornato innumeri volte, il lavoro "fa parte del piano di amore di Dio" ed "è un elemento fondamentale per la dignità di una persona. *Il lavoro, per usare un'immagine, ci 'unge' di dignità, ci riempie di dignità; ci rende simili a Dio, che ha lavorato e lavora, agisce sempre; dà la capacità di mantenere se stessi, la propria famiglia, di contribuire alla crescita della propria Nazione*"¹⁹.

¹³ La radice di tutto ciò è da intravedere, a mia opinione, nella componente deontica insita nella struttura degli stessi diritti fondamentali [se n'è iniziato a discorrere in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., da cui, volendo, possono aversi maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo].

¹⁴ ... nel mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 30 giugno 2016, 263 ss. Cfr. i punti di vista al riguardo manifestati in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, nella [Rivista telematica del Gruppo di Pisa](#), nonché, ora, da A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, Agg., 2017, 261 ss.

¹⁵ V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Giappichelli, Torino 2012, 6.

¹⁶ Su ciò, sotto un peculiare aspetto, anche A. SAIITA, [Il concetto di "noi" e di "altri" nella Costituzione e nella C.E.D.U.](#), in in questa [Rivista, Studi, 2014](#), 4 novembre 2014.

¹⁷ Parrebbero far eccezione a siffatta conclusione i diritti politici, sui quali nondimeno si tornerà tra non molto.

¹⁸ *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, 47.

¹⁹ Udienza generale del 14 ottobre 2015 (mia la sottolineatura).

Ora, l'appagamento dei bisogni elementari in parola non potrebbe aversi al di fuori della solidarietà, in ciascuna delle sue espressioni, tanto cioè nei rapporti tra pubblici poteri e individui quanto in quelli di questi ultimi *inter se*²⁰. Ed è chiaro che le più consistenti prestazioni di solidarietà naturalmente si orientino (e debbano orientarsi) verso le persone maggiormente deboli ed esposte, quelle che vanno incontro ai maggiori ostacoli alla realizzazione della loro personalità (per riprendere nuovamente l'efficace formula dell'art. 3), tra le quali appunto gli immigrati e i migranti.

I principi fondamentali poi – come si sa – si implicano a vicenda, al punto che nessuno di essi può acquistare e mantenere senso se non avvalendosi dell'appoggio degli altri. È questa, come si accennava poc'anzi, *in nuce*, l'idea di “sistema”, per il modo con cui può aversene riscontro e conferma nell'esperienza.

Si consideri, ad es., il principio di unità-indivisibilità della Repubblica di cui si può predicare l'esistenza a condizione che i diritti e doveri, di cui è parola nell'art. 2, siano riconosciuti in pari misura in ogni parte del territorio nazionale. L'unità, infatti, non si ha unicamente perché (e fino a quando) l'integrità territoriale è fatta salva ma anche (e soprattutto) per il fatto che non si hanno discriminazioni in ordine al godimento dei diritti fondamentali ed all'adempimento dei doveri inderogabili. L'unità fa perciò naturalmente rimando ai principi di cui agli artt. 2 e 3, alimentandosi anche dalla (e sorreggendosi sulla) solidarietà²¹.

Questa conclusione – come si tenterà di mostrare – è di particolare rilievo ai nostri fini; e a fronte di alcune critiche, stancamente ricorrenti, affacciate da quanti dichiarano a gran voce che l'apertura ai migranti mette a rischio la nostra identità costituzionale, occorre con molta fermezza replicare che, di contro, è proprio grazie alla solidarietà offerta a persone che non hanno avuto la nostra stessa fortuna, nella varietà delle sue forme e intensità delle sue espressioni, che l'identità stessa si fa e incessantemente rinnova e può, perciò, trasmettersi integra anche alle generazioni che verranno. Forse che, infatti, la solidarietà non rientra tra i principi fondanti la Repubblica nata dalla resistenza? Lasciar fuori dal quadro dei fini-valori costitutivi della Repubblica la solidarietà equivale a far luogo ad una rappresentazione monca e, a conti fatti, deformante e – vorrei dire – misera del sistema costituzionale; e, poiché i principi fondamentali sono tutti e in egual misura indispensabili per la composizione di quest'ultimo e la sua implementazione nell'esperienza, ecco che col venir meno anche di uno solo di essi cadrebbe l'insieme cui gli stessi appartengono.

Lo stesso principio enunciato nell'*incipit* della Carta, quello democratico, non avrebbe alcun senso in una società in cui regna la divisione e l'egoismo. Come ci ha, non molto tempo addietro, rammentato ancora S. Rodotà, “l'esperienza storica ci mostra che, se diventano difficili i tempi per la solidarietà, lo diventano pure per la democrazia”²².

Allo stesso modo, nessun senso avrebbe la contrazione della sovranità a beneficio di organizzazioni internazionali costituite al servizio della pace e della giustizia tra le nazioni se il transito di quote crescenti della sovranità stessa verso l'esterno non fosse accompagnato, sorretto, giustificato da prestazioni di solidarietà sia tra gli Stati appartenenti alle organizzazioni medesime e sia pure di queste verso gli Stati, nonché di tutti assieme nei riguardi di individui e gruppi sociali afflitti dal dramma della guerra e dell'ingiustizia.

Il disposto dell'art. 11 fa tutt'uno – come si sa – col riconoscimento dei valori di libertà, eguaglianza, democrazia che, in un mondo in cui sono diffuse guerre ed ingiustizie, come la storia

²⁰ Usuale, dopo S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 1 ss., la bipartizione della solidarietà in verticale o paternalista e orizzontale o fraterna (per tutti, F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 36 ss., e F. RETUS, *Il principio di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 820).

²¹ Stranamente, questo passaggio rimane sotto traccia persino nelle indagini della più avvertita dottrina che fatica a prendere consapevolezza del fatto che anche l'unità-indivisibilità della Repubblica, al pari degli altri principi fondamentali, ha bisogno di tenersi dalla solidarietà.

²² I riferimenti sono tratti da *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., 10; significativa è, poi, la conclusione: “Nessuno può essere condannato alla solitudine e all'abbandono senza che questo determini una perdita radicale di legittimità delle istituzioni pubbliche, con effetti evidenti sulla possibilità stessa di continuare a classificare un sistema tra quelli democratici” (114).

c'insegna, si trovano esposti a grave rischio. La solidarietà, anche nelle sue proiezioni *extra moenia*, è dunque il collante che unisce e salda tutti i valori in parola.

Come la più avvertita dottrina da tempo ed insistentemente segnala, i problemi dei migranti – per restare al tema che specificamente ci occupa – non possono essere neppure in minima parte risolti e i nodi strutturali che li avvolgono sciolti senza un deciso ed organico piano di interventi volto alla pacificazione dei Paesi da cui i migranti provengono ed alla complessiva affermazione in essi dei valori restanti. Un piano che – come si dirà meglio a momenti – ha da essere messo a punto in seno alla Comunità internazionale e col fattivo concorso proprio delle organizzazioni, tra le quali l'Unione europea, che rivendicano per sé “copertura” costituzionale e reclamano prestazioni da parte degli Stati in spirito di “leale cooperazione”. Pretese, queste, che possono ragionevolmente essere avanzate a condizione che l'azione complessiva della Comunità e delle organizzazioni suddette si volga, senza esitazione alcuna e con chiarezza d'intenti, all'effettivo perseguimento della causa della pace e della giustizia e, per ciò pure, all'appagamento dei valori di libertà, eguaglianza, dignità.

Un primato del diritto internazionale o sovranazionale fine a se stesso non avrebbe, *non ha*, alcun senso, che invece deve conquistarsi ogni giorno sul campo, mostrando di meritarselo²³.

Un ordinamento è autenticamente democratico ed una società può dirsi davvero pacificata e giusta, fatta di uomini liberi ed eguali, unicamente se forte e diffusamente avvertito è il bisogno di esportare anche altrove i valori che sono alla base dell'uno e dell'altra e, di conseguenza, si posseggono le risorse per potervi fare luogo: la prima e più efficace di esse è, appunto, la solidarietà. Ancora la sensibile dottrina sopra richiamata avverte del rischio di “rimpicciolire” e – mi permetto di aggiungere – immiserire l'idea di “prossimo”, che ha il diritto a ricevere prestazioni di solidarietà, con l'idea di “prossimità”, ridotta così “a un fatto fisico, territoriale ... Il pericolo sta nel trasformare così la solidarietà in separazione, nel chiudersi in una solidarietà ‘oppositiva’, quasi una contraddizione in termini, che abbraccia i simili e i vicini e si arresta al comparire dell'altro”²⁴.

4. *Le prestazioni di solidarietà sollecitate dalla condizione d'immigrato o di migrante*

Si tratta a questo punto di stabilire, con specifico riguardo al tema qui interessante, quali siano le prestazioni di solidarietà sollecitate dalla condizione d'immigrato o di migrante.

Occorre al riguardo fare preliminarmente chiarezza in merito al significato del sintagma “fenomeno migratorio” presente nel titolo dato a questa riflessione, per ciascuna delle sue componenti valendo prestazioni varie per forma, intensità, effetti. Diversa è, infatti, la condizione degli immigrati rispetto a quella dei migranti²⁵: questi ultimi, diversamente dai primi, hanno molte volte bisogno di una preliminare prestazione di solidarietà sotto la forma del soccorso, versando assai spesso in evidente ed imminente pericolo di vita, come peraltro testimoniano i frequenti casi di persone che la perdono senza che nemmeno se ne abbia conoscenza²⁶.

²³ A mia opinione, dunque, la “copertura” dell'art. 11 non può essere assiomaticamente affermata, data per dimostrata una volta per tutte, richiedendo piuttosto di essere verificata in concreto, giorno dopo giorno e atto dopo atto.

Credo che di questa indicazione teorica il nostro giudice delle leggi, come pure ogni altro operatore, farebbe bene a tenere conto, specificamente in presenza di contrasti tra diritto interno e diritto eurounitario bisognosi di essere ripianati con la tecnica usuale del bilanciamento secondo valore.

²⁴ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 86.

²⁵ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio [I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza](#), in questa *Rivista*, *Studi*, 2017/2, 12 luglio 2017, 364 ss.; utili indicazioni anche da AA.VV., *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

²⁶ Come si sa, il Mediterraneo si è purtroppo ormai trasformato in un colossale cimitero che ospita un numero non calcolabile di vite perdute (solo lo scorso anno su 180.000 arrivi pare che siano stati più di 5.000 i morti per annegamento: R. SOMMELLA, *I costi e i benefici per l'Italia della politica di accoglienza*, in *Corriere della Sera*, 20 luglio 2017).

Il soccorso è, dunque, la prima espressione di solidarietà offerta ai migranti; la seconda è l'accoglienza e la terza è (o, meglio, *dovrebbe* essere) lo smistamento. Agli immigrati, invece, all'accoglienza fa (o *dovrebbe* fare) seguito la inclusione e, per concludere, l'integrazione.

Il "fenomeno migratorio" esibisce, dunque, una struttura internamente composita, riferendosi ad esperienze che richiedono di essere tenute distinte, ciascuna delle quali sollecita l'adozione di prestazioni diverse di solidarietà. La circostanza per cui in ogni caso si ha a che fare con persone in movimento, che si spostano da un territorio all'altro, non autorizza per ciò solo alla messa in atto di un trattamento unitario, perlomeno sotto ogni aspetto, e pertanto a far luogo ad un discorso parimenti unitario che ne dia la rappresentazione.

Cruciale rilievo va assegnato al rapporto col territorio, in particolare al carattere tendenzialmente stabile dello stesso, quale si ha con riguardo alla immigrazione (nella sua ristretta e propria accezione), vale a dire al fatto che il territorio stesso sia prescelto quale luogo su cui mettere radici e fondare le proprie aspettative di vita.

Ormai una schiera crescente di studiosi va in vario modo argomentando l'idea che la stessa *summa divisio* tra cittadini e stranieri (o, più largamente, "non cittadini") richieda di essere complessivamente ripensata laddove si riscontri un comune e stabile legame col territorio²⁷. Si possono battere molte vie per raggiungere la meta, e da tempo ne è indicato il tracciato: il punto di approdo, nondimeno, rimane in modo fermo fissato e in esso nessuna discriminazione si ha (o *dovrebbe* aversi...), in ordine al godimento dei diritti fondamentali ovvero all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, tra persone che comunque condividono le medesime esperienze di vita²⁸.

Non importa ora dire se a questo fine sia più giusto rivedere *ab ovo* l'idea di cittadinanza, estendendone il riconoscimento a coloro che risiedono da un certo tempo nel territorio dello Stato o a coloro che in esso sono nati da genitori stabilmente residenti²⁹, ovvero se convenga mantenere l'antica separazione tra cittadini e stranieri, allo stesso tempo però dotando questi ultimi dei medesimi diritti e doveri di quelli. Con ogni probabilità, l'unica vera, e ovviamente non secondaria, differenza tra la prima via e la seconda è che quest'ultima non porterebbe al riconoscimento altresì dei diritti politici, perlomeno al di fuori dell'ambito ristretto delle elezioni locali. Siffatta delimitazione tuttavia

²⁷ È singolare che i diritti e doveri connessi allo *status* di cittadino siano riconosciuti per il mero fatto del possesso dello *status* medesimo, pur laddove nessun legame vi sia più o vi sia mai stato tra il singolo e il territorio, nel mentre sono negati (specificamente i primi o alcuni di essi) ai non cittadini. Lo scollamento tra cittadinanza e territorio costituisce, a mia opinione, un'autentica, inspiegabile aporia di costruzione della teoria costituzionale.

²⁸ Di questa idea mi sono dichiarato in altri luoghi, ai quali per brevità ora rimando, anche per ulteriori richiami di letteratura (v., dunque, di recente, il mio *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti*, cit., spec. 373). Sui doveri dei migranti, ora, seppur da un non coincidente punto di vista, anche L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2 agosto 2017, 25 ss.

²⁹ Le animate dispute che hanno accompagnato il sofferto cammino del disegno di legge sullo *ius soli* rendono, per la loro parte, testimonianza delle resistenze cui va incontro l'idea di solidarietà prima di potersi affermare e radicare nel tessuto sociale ed ordinamentale (nutrita la produzione di scritti sull'argomento: per tutti, rimando qui ad A. RAUTI, *Lo ius soli In Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 25 settembre 2017, e, nella stessa *Rivista*, 26 settembre 2017, S. FABIANELLI, *Le radici dello ius soli: il criterio territoriale di acquisto della cittadinanza negli ordinamenti di Italia e Francia*; inoltre, E. GALLI DELLA LOGGIA, *Lo ius soli e i dubbi legittimi, e Ipocrisie e ius soli*, entrambi in *Corriere della Sera*, rispettivamente, 24 settembre e 1 ottobre 2017). Una soluzione di compromesso è, ora, affacciata da una sensibile dottrina, che prospetta la sostituzione dello *ius soli* con lo *ius culturae*, in base al quale verrebbe riconosciuta la cittadinanza ai minori che abbiano completato il ciclo delle scuole elementari (S. BRIGUGLIO, *Riforma della cittadinanza, un compromesso è possibile*, in *lavoce.info*, 6 ottobre 2017).

Altra questione è, poi, se convenga prevedere casi di revoca della cittadinanza, ad es. per motivi di sicurezza, per quanto siffatta misura sembri problematicamente conciliante col precetto di cui all'art. 22 cost. e, comunque, che giovi poco alla lotta al terrorismo internazionale (C. CASIELLO, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2017, 341 ss.; con specifico riguardo alle misure adottate per far fronte al terrorismo, nella stessa *Rivista*, v. J. DE VIVO, *Sicurezza e diritti fondamentali: la risposta italiana e francese al terrorismo*, 3/2016, 715 ss., e W. NOCERINO, *Le norme italiane di contrasto al terrorismo: repressione e prevenzione tra diritto interno ed internazionale*, 4/2016, 1215 ss., e, ora, A. ALÌ, *Divieto di ingresso ed espulsione dello straniero dal territorio dello Stato per motivi di terrorismo: la sicurezza nazionale nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Il diritto in migrazione*, cit., 519 ss.).

– come mi affanno a dire da tempo³⁰ – non rinviene, a mia opinione, alcuna giustificazione: in particolare, non la ha a ripetere in modo tralaticio che altro è la rappresentanza c.d. “politica” ed altro ancora quella “amministrativa”. E ciò, ove si convenga a riguardo del fatto che il rapporto di rappresentanza che viene a determinarsi per effetto delle elezioni ha pur sempre natura “politica”, pur essendo poi diverso il livello istituzionale al quale esso si impianta e svolge. Né gioverebbe opporre che, per il tramite delle assemblee elettive nazionali, i non cittadini avrebbero modo di concorrere coi cittadini all’esercizio della sovranità, persino nella sua più elevata ed incisiva espressione, quale si ha in occasione della formazione delle leggi costituzionali e delle leggi di revisione costituzionale.

In disparte la circostanza per cui verrebbe, in tal modo, ad operarsi una inammissibile ordinazione gerarchica tra i principi di autonomia e di sovranità, ammettendosi la partecipazione agli organi che danno voce all’una e non pure a quelli in cui s’incarna l’altra, il vero è che – come si è, ancora non molto tempo addietro, fatto notare – non poche sono le occasioni offerte a non cittadini di condizionare variamente le manifestazioni di sovranità delle assemblee elettive (e, in genere, degli organi della direzione politica). Basti solo al riguardo pensare ai vincoli provenienti *ab extra* (dalla Comunità internazionale e dall’Unione europea), alcuni dei quali provvisti di forza costituzionale³¹, sì da obbligare alla loro osservanza atti, quali le leggi comuni, *per tabulas* espressivi di sovranità³².

Insomma, in un contesto segnato da una integrazione sovranazionale viepiù avanzata³³, appare invero sempre più arduo argomentare la preclusione a danno di quanti stabilmente risiedono nel territorio dello Stato per ciò che concerne il godimento dei diritti politici. Che, poi, quest’esito comporti il sostanziale superamento dell’antica separazione tra cittadini e stranieri è ovviamente da mettere in conto. Vedo però discendere più vantaggi che costi da un’operazione siffatta, i quali si rendono palesi proprio dall’angolo visuale della solidarietà. Non si capisce, infatti, come possano pretendersi dai non cittadini prestazioni, praticamente estese ad ogni campo materiale, senza allo stesso tempo dar loro modo di concorrere all’adozione delle relative scelte: vale per il campo tributario (pagano le tasse così come le paghiamo noi), quello del lavoro, della famiglia, ecc.

La stessa giurisprudenza costituzionale, che pure tiene ferma in partenza la diversa condizione delle une e delle altre persone, tende sempre di più a far convergere, piuttosto che a divergere, le strade sulle quali esse camminano in vista del raggiungimento della meta della realizzazione dei loro progetti di vita. Residuano – è vero – alcune incrostazioni e oscillazioni non lievi ma, in buona sostanza, in ogni ambito materiale i diritti e i doveri sono ugualmente riconosciuti³⁴. Persino il dovere

³⁰ Tra gli altri miei scritti, può al riguardo vedersi [I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali](#), in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 38 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2017/1](#), 1° aprile 2015, 140 ss.; nell’*op. coll.* ora cit., v., inoltre, E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli “stranieri” (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, 415 ss., e P. COLASANTE, *L’attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 15 maggio 2016. Infine, A. RAUTI, nello scritto da ultimo cit., spec. al § 2, e, in prospettiva comparata, C. DI MAIO, *Profili di integrazione politica dello straniero. Una riflessione comparata tra Europa e Canada*, in [Federalismi.it](#), 19/2017, 11 ottobre 2017.

³¹ Non ve l’hanno – secondo la tesi ormai invalsa – le norme pattizie della Comunità internazionale, alle quali nondimeno è riconosciuto rango “interposto” tra Costituzione e legge.

³² Rimane, poi, ad oggi discussa la questione se le stesse leggi di forma costituzionale possano portare allo scioglimento dei vincoli suddetti, una volta che si convenga che essi risultano dotati della formidabile “copertura” offerta da principi fondamentali della Carta; e una questione – mi limito qui ad accennare *per incidens* – che, a mio modo di vedere, va risolta caso per caso in applicazione della “logica” dei bilanciamenti tra interessi costituzionalmente protetti.

³³ Indice eloquente della quale è la trasformazione profonda cui sono andati (e seguitano ad andare) soggetti tutti gli elementi costitutivi dello Stato (su di che, tra gli altri, i contributi al XXXI Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, e, ora, A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss., spec. 142 ss.).

³⁴ Con riguardo ai diritti sociali goduti dai non cittadini, tra i molti altri, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli 2007, spec. 266 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l’uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli 2010, 163 ss.; A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto*

che più di ogni altro connota la condizione del cittadino e la tiene distinta (e persino contrapposta) rispetto a quella dello straniero, quello di difesa della patria, può vedere l'uno a fianco dell'altro allineati cittadini e non cittadini stabilmente residenti, tutti chiamati al suo adempimento³⁵. D'altro canto, non si vede come possa inibirsi a coloro che si stabiliscono sul territorio dello Stato, eleggendo quest'ultimo quale loro nuova "patria"³⁶, di concorrere coi cittadini alla difesa di se stessi, dei propri cari, dei beni minacciati dall'aggressore, esterno o interno che sia³⁷.

La solidarietà è sempre tra (e/o verso) persone ed ha la radice da cui si alimenta nella dignità: in presenza di una comprovata comunanza di interessi e di esperienze di vita, la discriminazione sarebbe palesemente irragionevole e finirebbe col porsi in frontale contrasto con l'intera tavola dei principi costituzionali, a partire da quelli di democrazia, libertà, eguaglianza.

dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci, Jovene, Napoli 2011, 367 ss.; G. BASCHERINI - A. CIERVO, *I diritti sociali degli immigrati*, in AA.VV., *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, a cura di C. Pinelli, Passigli, Firenze 2012, 17 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni*, in AA.VV., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi - F. Biondi Dal Monte - M. Vrenna, Il Mulino, Bologna 2013, 229 ss. e, della stessa, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Federalismi.it, Focus Human Rights, 3/2014, 24 ottobre 2014; AA.VV., *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I e II, a cura di F. Rimoli, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; spunti anche nei contributi di AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015 (e part., *ivi*, N. PÉREZ SOLA, *La incidencia de la crisis económica en las políticas de integración de la inmigración*, 217 ss., e D. LOPRIENO, *Le prestazioni socio-assistenziali a favore dei migranti tra presunte esigenze di contenimento, crisi economica e paura dello straniero*, 239 ss.); AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., nonché negli altri che sono in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e in *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, a cura di G. Moschella e L. Buscema, Aracne, Roma 2016 (e, part., *ivi*, G. MOSCHELLA, *Immigrazione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, 13 ss., e A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della diversità nelle politiche di inclusione sociale in materia di immigrazione: l'orientamento della Corte costituzionale*, 121 ss.) e, ancora, M. LOSANA, "Stranieri" e principio costituzionale di uguaglianza, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 1/2016, 29 febbraio 2016; S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2016; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 41 ss.; P. CHIARELLA, *Il terzo incluso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in Federalismi.it, 7/2017, 5 aprile 2017; A. ALBANESE, *Non discriminazione, uguaglianza e ragionevolezza nella garanzia dei diritti sociali degli immigrati. L'approccio della Corte EDU e della Corte costituzionale*, Intervento al Convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., e, pure *ivi*, C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*; R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, in Federalismi.it, 14/2017, 12 luglio 2017; M. AMBROSINI, *Immigrati stranieri e famiglie italiane: la formazione di un welfare parallelo, tollerato, misconosciuto*, in AA.VV., *Il diritto in migrazione*, cit., 317 ss. Infine, in prospettiva di diritto comparato, G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Cedam, Padova 2012, e E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri. Profili comparatistici*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016.

³⁵ Particolare rilievo è al riguardo da assegnare ad alcune note e variamente annotate decisioni della Consulta, e, segnatamente, alle [sentt. nn. 172 del 1999](http://sentt.nn.172del1999) (coi commenti di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, e G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: un'interpretazione discutibile della Corte*, entrambi in *Giur. cost.*, 1999, rispettivamente, 1705 ss. e 1728 ss.) e 119 del 2015 (su cui S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 3/2015, 18 settembre 2015; nella stessa *Rivista*, A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, 4/2015, 16 ottobre 2015, e G. MONACO, *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, 4/2016, 12 novembre 2016).

³⁶ In argomento, ora, F. POLACCHINI, *Il servizio civile universale: verso un nuovo concetto di patria e cittadinanza*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 3/2017, 18 settembre 2017.

³⁷ Non è possibile qui intrattenersi specificamente sul punto se la difesa, cui fa riferimento l'art. 52 della Carta, riguardi unicamente il caso delle aggressioni esterne o se possa – come a me pare – estendersi altresì a quelle interne, e segnatamente agli attacchi terroristici.

5. *La forma più matura di solidarietà: aiutare gli immigrati a custodire la propria identità costituzionale e, allo stesso tempo, ad integrarsi nell'ordinamento di arrivo*

La forma più elevata e matura di solidarietà è – come si diceva – quella che porta all'integrazione, che non è (e non vuol essere), di tutta evidenza, assimilazione. Nessun essere umano può essere privato del patrimonio culturale di origine: il diritto all'identità costituzionale, col riferimento fatto all'intera tavola dei valori fondamentali che la compongono e connotano, non tollera menomazione alcuna, tanto che si appunti in capo alla Repubblica nel suo insieme quanto che si riporti ai singoli che vi appartengono³⁸. Si possono – questo sì – inibire manifestazioni del diritto medesimo ripugnanti rispetto al patrimonio culturale del Paese ospitante, quale risulta alla luce dei valori fondamentali positivizzati nella Carta costituzionale³⁹. Aiutare l'immigrato o il migrante a custodire la propria identità culturale è anch'essa una forma di solidarietà: la Repubblica deve dunque offrire spazi ed opportunità perché questo obiettivo sia centrato. Una volta di più, tuttavia, è dato assistere a non infrequenti esperienze di chiusura, discriminazione e vero e proprio odio, come ad es. attestano i casi in cui si ricorre a mezzucci al fine di evitare la costruzione di moschee, di cui peraltro potrebbero beneficiare con gli immigrati anche i cittadini convertitisi al credo islamico.

In tutte le istituzioni ed espressioni di vita associata, dalla comunità del lavoro alla scuola, alla famiglia, e via dicendo, la Repubblica deve predisporre le condizioni perché coloro che sono portatori di un bagaglio culturale diverso da quello maggiormente diffuso nel Paese ospitante possano realizzare a pieno la loro personalità. Ma sulla Repubblica grava altresì l'onere, oggettivamente non lieve, di favorire l'integrazione⁴⁰. Si tratta di un percorso non breve e – si convenga – irto di ostacoli (di natura culturale appunto), che ha inizio con la conoscenza impartita agli immigrati dei valori costitutivi del nostro patrimonio culturale: una conoscenza che ha bisogno di radicarsi progressivamente sempre più a fondo, portando quindi all'esito della metabolizzazione dei valori stessi. Gli immigrati sanno perfettamente qual è e com'è fatta la loro cultura di origine e qual è quella acquisita, le tengono sempre distinte tra di loro, allo stesso tempo tendendo non di rado all'obiettivo della diffusione e del radicamento del loro patrimonio culturale nel Paese ospitante⁴¹: perlomeno, così è per gli immigrati di prima generazione, mentre già a partire dalla seconda generazione, composta da coloro che sono nati nel territorio dello Stato o che vi sono pervenuti in tenera età, sovente porzioni più o meno consistenti dell'un patrimonio culturale si mescolano a quelle dell'altro, rendendosi problematicamente distinguibili.

La lingua, unitamente alla scolarizzazione, gioca un ruolo di cruciale rilievo in tal senso.

Sovente gli immigrati di seconda generazione e, ancor più, di quelle successive parlano meglio la lingua del posto in cui vivono rispetto a quella del Paese di origine dei loro genitori o parenti ancora più lontani. La scuola fa poi il resto, dando una spinta formidabile alla integrazione delle culture.

Vivendo in una società ispirata alla tolleranza (e, perciò, alla accettazione e valorizzazione delle diversità, che sono anzi viste non già come una minaccia bensì quale risorsa preziosa ed indisponibile per la crescita individuale e collettiva), l'immigrato è sollecitato ad ispirare il proprio costume di vita

³⁸ Il diritto all'identità costituzionale accomuna, dunque, uomini e istituzione repubblicana e può essere rivendicato a buon titolo dagli uni e dall'altra; è, peraltro, inalienabile: chi se ne priva, infatti, smarrisce se stesso, facendo luogo ad un autentico suicidio costituzionale.

³⁹ Si pensi solo alle pratiche di mutilazioni genitali diffuse in contesti diversi dal nostro o, senza fare esempi cruenti, alla poligamia e ad altre usanze comunque incompatibili con i principi costituzionali.

⁴⁰ Cose buone potrebbero attendersi (ma la cautela è d'obbligo...) dal *Piano nazionale per l'integrazione*, presentato il 26 settembre 2017 al Viminale, che ha quale sua base portante l'idea che i beneficiari (i profughi bisognosi di protezione internazionale) godano di diritti e siano al contempo gravati di doveri: tra i primi, il riconoscimento della pari dignità sociale, l'accesso all'istruzione, ai percorsi volti all'assegnazione dell'alloggio ed a quelli di socializzazione riservati ai minori, il diritto al ricongiungimento familiare; tra i secondi, sopra tutti, quello della osservanza dei valori fondamentali della Carta costituzionale, con specifico riguardo a due valori qualificati dal Ministro Minniti "non negoziabili", la laicità dello Stato e il rispetto delle donne. Il piano, nondimeno, non prevede sanzioni.

⁴¹ Nutrita la letteratura a riguardo della diffusione dell'Islam in Europa (riferimenti in M.L. MANISCALCO, *I musulmani in Europa: tra integrazione e radicalizzazione*, in *La cittadinanza europea*, 1/2017, 5 ss.).

al valore suddetto. La tolleranza si afferma (e, con essa, si raggiunge l'integrazione) nel momento in cui l'immigrato, pur tenendo distinti i valori costitutivi del proprio patrimonio culturale di origine rispetto a quelli del patrimonio culturale del Paese che lo ospita, adotta comportamenti rispettosi di entrambi⁴².

Nessuno può pretendere che ciò si abbia per effetto di un processo di maturazione interna idoneo a sfociare nella radicata convinzione della bontà di entrambi i bagagli culturali suddetti, in ciascuno dei loro elementi costitutivi. D'altronde, anche il dovere di fedeltà alla Repubblica (e, perciò, ai valori che ne danno l'identità), gravante sui cittadini (e, come si viene dicendo, anche sugli stessi non cittadini)⁴³, non necessariamente si traduce nell'adozione di comportamenti ispirati a convinzione e a vera e propria identificazione; l'importante è che i comportamenti conformi a Costituzione (e, segnatamente ai valori che stanno a fondamento della Repubblica) si abbiano. Anche questa è una delle espressioni più salienti di solidarietà, frutto del rispetto dovuto ai valori portanti della comunità in cui si vive ed opera.

Per quest'aspetto, come si diceva, si ha conferma che persino il dovere di difesa della patria, senza il cui adempimento v'è il rischio incombente che l'ordinamento si dissolva (e, con esso, perciò si smarriscano tutti gli altri valori che vi stanno alla base), possa considerarsi gravante sugli immigrati, perlomeno su quelli regolarmente residenti nel territorio dello Stato.

Diversa, ma solo in parte, è la condizione degli immigrati irregolari e, più ancora, quella dei migranti.

Alcuni diritti fondamentali, a partire dal primo di tutti, che ha riguardo al rispetto della dignità, e poi quello della salute, non possono essere oggetto di discriminazione alcuna, in relazione ai soggetti che ne possono rivendicare il godimento. La stessa giurisprudenza, che in passato ha fatto ricorso al nebuloso ed ambiguo concetto di "nucleo duro" ([sent. n. 61 del 2011](#)), al fine di differenziare *in peius* il trattamento riservato agli irregolari rispetto a quello goduto dai cittadini e dagli immigrati regolari, non appare in linea con l'indicazione costituzionale che fa della salute non soltanto un diritto fondamentale dell'individuo ma anche un interesse parimenti fondamentale dell'intera collettività⁴⁴.

⁴² ... e, per faticoso e sofferto che sia, con buona volontà quest'obiettivo può essere molte volte centrato. Si pensi, ad es., alla vicenda, che ha ancora di recente fatto molto discutere, del *kirpan*, portato dai *sikh* e giudicato vietato da certa giurisprudenza per motivi di sicurezza (in argomento, ora, A. MORELLI, "Valori occidentali" e legalità costituzionale. Il tema identitario nella giurisprudenza in materia di simboli religiosi, in [Democrazia&Sicurezza](#), 2/2017, 15 settembre 2017, 15 ss. e A. LICASTRO, La "sfida" del *kirpan* ai "valori occidentali" nelle reazioni della dottrina alla pronuncia della Cassazione penale, *Sez. I*, 15 maggio 2017, n. 24084, in corso di stampa in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2017). Eppure, avrebbe potuto (o un domani potrebbe) raggiungere una soluzione autenticamente mediana e conciliante nei riguardi dei valori in campo, bastando allo scopo arrotondare la punta del pugnale o renderlo non estraibile [così, nel mio [La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro \(e non dell'inevitabile scontro\) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale \(a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017\)](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2017/2, 29 maggio 2017, 310 ss.]. E così pure in altri casi: gli stessi interventi sui genitali femminili, cui si è sopra fatto cenno, anziché effettuarsi nel modo cruento e mutilante con cui hanno luogo, potrebbero aversi – come da tempo proposto – a mezzo di microinterventi chirurgici, effettuati in luoghi adeguati e da mani esperte, senza alcuna menomazione psico-fisica a danno delle persone che vi si sottopongono (sui problemi legati all'integrazione tra patrimoni culturali diversi, con specifica attenzione al fenomeno religioso e in prospettiva comparata, v., part., A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*², Giuffrè, Milano 2017, spec. 89 ss., per la esposizione dei simboli religiosi nelle scuole e in luoghi pubblici in genere, e, ora, in relazione alla disciplina del matrimonio, A. MADERA, *Forme di pluralismo nel settore matrimoniale: le nuove sfide delle "overlapping jurisdictions"*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 31/2017, 9 ottobre 2017).

⁴³ Sulle forme di implementazione e complessive valenze del dovere in parola, dopo i noti studi di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano 1967, e L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 1984, e, dello stesso, *sub art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma 1992, v., sopra tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, del quale v. pure, ora, *sub art. 54*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Prima parte, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Il Mulino, Bologna 2017.

⁴⁴ Senza ora riprendere neppure i termini essenziali di una questione – come si sa – assai discussa, a me pare che la circostanza per cui nell'enunciato costituzionale l'aggettivo "fondamentale" si trovi anteposto rispetto al sostantivo "diritto", anziché – come usualmente si fa, anche nel linguaggio dottrinale e giurisprudenziale – ad esso posposto, induca a ritenere che esso qualifichi altresì il sostantivo "interesse" immediatamente seguente.

La stessa è, peraltro, oggi superata, ma limitatamente ai minori non accompagnati, dall'art. 14, l. n. 47 del 2017, che ne prevede la obbligatoria iscrizione al Servizio sanitario nazionale: una novità particolarmente apprezzabile, che conferma la speciale attenzione che va riservata a tali persone ma che non vale a rimuovere le perplessità riguardanti la condizione degli adulti, esclusi dal godimento di siffatto beneficio.

Il godimento di altri diritti fondamentali, quale quello al lavoro, è invece oggettivamente ostacolato dal carattere irregolare dell'ingresso e della permanenza nel territorio dello Stato, peraltro – come si sa – non di rado strumentalmente piegato a fini ignobili, quale quello dello sfruttamento in forme e con effetti incompatibili col valore della dignità della persona umana⁴⁵. L'irregolarità dell'ingresso non fa, invece, da ostacolo per l'istruzione, specificamente per quella impartita ai minori, dalla Costituzione garantita – non si dimentichi – a “tutti”. È tuttavia evidente che entrambi i diritti ora richiamati difficilmente possono ricevere adeguato appagamento con riguardo ai migranti, a motivo del carattere temporalmente circoscritto della loro dimora nel territorio statale.

Questo stato di cose sul fronte del godimento dei diritti non resta, dunque, senza conseguenze sul fronte speculare dei doveri.

Ovviamente, peculiare è la condizione dei migranti c.d. “circolari”, che vengono da noi proprio al fine di maturare esperienze formative nel campo del lavoro o dell'istruzione per quindi tornare nel Paese di origine e portarle a frutto⁴⁶.

6. La drammatica condizione in cui versano i migranti e le vistose carenze esibite dallo Stato e, più ancora, dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea nel dar loro accoglienza e ristoro

I problemi di maggiore consistenza e gravità sono, ad ogni buon conto, quelli cui vanno incontro coloro che approdano a frotte presso le nostre coste in condizioni di palese menomazione della loro dignità. È proprio in relazione ad essi che le prestazioni di solidarietà manifestano le più vistose carenze, che hanno poi la radice da cui si alimentano nella mancata consapevolezza che il fenomeno migratorio in parola non ha carattere occasionale o emergenziale, dovendo piuttosto essere considerato strutturale. È chiaro che davanti alle prime ondate di migranti occorreva pur intervenire in qualche modo a farvi fronte; oggi, però, si assiste alla stabilizzazione e, in un certo senso, alla “normalizzazione” del fenomeno, solo in parte attenuata dalla riduzione degli sbarchi registratasi – come si dirà a momenti – a partire dal mese di agosto di quest'anno. È di tutta evidenza come i Paesi maggiormente investiti degli arrivi di massa, tra i quali appunto il nostro, non possano con le sole loro forze provvedere in modo adeguato ad assicurare l'assistenza di cui tali persone hanno bisogno. Purtroppo, alle carenze denunciate dagli Stati *uti singuli* si sommano quelle ancora più rilevanti della Comunità internazionale e dell'Unione europea⁴⁷.

Per un verso, infatti, la “detenzione amministrativa” – come suole essere chiamata – alla quale vanno soggetti i migranti presso i nostri centri (già “di identificazione ed espulsione” ed ora) “di permanenza per i rimpatri” appare, per diffuso riconoscimento, non rispettosa delle garanzie costituzionali⁴⁸, così come perplessità non lievi sollevano, in ordine alla loro rispondenza a

⁴⁵ Si pensi solo al triste fenomeno del capolarato nel lavoro nei campi.

⁴⁶ Su ciò, ora, D. PORENA, *La Scuola, l'Università e la Formazione professionale quale possibile veicolo per i processi di migrazione circolare. Brevi cenni alle correnti tendenze normative internazionali, europee e nazionali ed ipotesi di sviluppo*, in Federalismi.it, Focus Africa, 1/2017, 21 luglio 2017.

⁴⁷ Un richiamo al recupero del valore della solidarietà da parte dell'Unione è, ora, in G. ROSSOLILLO, *L'Europa e il valore della solidarietà*, in *Il Federalista*, 1/2017, 111 ss., dove si discorre altresì delle innovazioni istituzionali che sarebbero richieste allo scopo.

⁴⁸ Molti e di vario segno gli studi venuti alla luce (per tutti, G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, Roma 2013; R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazioni e di espulsione*, in *Quest. Giust.*, 2014, 75 ss.; A. DIMARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Dir., Imm., Citt.*, n. 1/2014, p. 32 ss.; A. PUGIOTTO, *La «galera» amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 573 ss. e, nella stessa *Rivista*, M. PIFFERI, *L'espulsione e la*

Costituzione, altri profili delle più recenti misure normative varate con riguardo alla condizione dei migranti, specie per ciò che concerne il loro trattenimento in caso di rifiuto reiterato d'identificazione, senza che peraltro sia stabilito alcun termine circa la durata del trattenimento stesso⁴⁹. Per un altro verso, poi, proprio su questo terreno più che su ogni altro l'Unione ha dato (e dà) mostra dello scollamento esistente tra il fermo richiamo contenuto nel trattato ai vincoli di solidarietà sia tra gli Stati sia di questi con l'Unione ed un'esperienza deludente e, a dirla tutta, sconsolante, che ha visto l'emersione prepotente degli egoismi nazionali⁵⁰, testimoniata – a tacer d'altro – dal fallimento della politica di redistribuzione dei migranti tra gli Stati⁵¹, conseguente all'eccessiva discrezionalità al riguardo a questi ultimi riconosciuta⁵². D'altronde, si riproduce al piano sovranazionale un *animus*

detenzione dello straniero tra Otto e Novecento, 4/2016, 839 ss.; B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2/2016, 471 ss.; L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 marzo 2017; V. BERLINGÒ, *Il trattenimento degli immigrati irregolari e l'humanitas nella 'fondamentalità' nei 'diritti'*, intervento al Convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., in *paper*; R. CARTA, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, spec. al § 4; S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in AA.VV., *Il diritto in migrazione*, cit., 395 ss. Particolarmente densa la riflessione di M. BOSWORTH, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016).

⁴⁹ Il riferimento è – com'è chiaro – al decreto-legge n. 13 del 2017, convertito con modifiche dalla legge n. 46 del 2017. Gravi sospetti d'incostituzionalità alimenta, poi, la regolamentazione così com'è delle sezioni specializzate in materia d'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, con specifico riguardo a ciò che concerne le garanzie del diritto di difesa e, in genere, il rispetto dei canoni del giusto processo [su questo e su altri aspetti della disciplina in parola, tra i molti altri, C. PANZERA, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali: prime notazioni sul decreto «Minniti-Orlando»*, in *Quad. cost.* 3/2017, 620 ss., nonché gli interventi al Convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali* di S. GARDINI, *L'effettività della tutela del migrante dinnanzi al giudice amministrativo*; R. CARTA, *Il migration management*, cit., §§ 4 e 5, e S. AGOSTA, "Questi sono tempi disperati, Mrs. Lovett, e bisogna ricorrere a disperati rimedi" (*a prima lettura della disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale*), in *paper*].

⁵⁰ Ci rammenta A. RAUTI, nella chiusa della sua efficace riflessione su *Il codice di condotta delle Ong "tra terra e mare"*, in laCostituzione.info, 15 agosto 2017, che, "come il passato insegna, non ogni mezzo capace di realizzare i fini politici di uno Stato sottrae un popolo al giudizio morale della storia".

⁵¹ In argomento, si registra ora la ferma condanna della Corte di giustizia nei riguardi di alcuni Paesi dell'Est dichiaratisi indisponibili a dare accoglienza ai migranti provenienti soprattutto da Grecia e Italia (Grande Sezione, 6 settembre 2017, in cause riunite C-643/15 e C-647/15). La pronuncia – a dire del Presidente del Parlamento europeo, A. TAJANI, nell'intervista rilasciata a P. Valentino, sotto il titolo *Migranti, la scelta della Corte Ue porterà alla riforma di Dublino*, in *Corriere della Sera*, 8 settembre 2017 – potrebbe dare una spinta per la revisione del regolamento di Dublino. Un primo passo in questa direzione si è ora registrato con l'approvazione di un testo da parte della Commissione libertà civili del Parlamento europeo, salutato dal Presidente Tajani come un passo fondamentale verso il riconoscimento dell'asilo solidale [sul fallimento della disciplina introdotta dal regolamento in parola, v., per tutti, C. DI STASIO, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2017, 209 ss.].

⁵² Si attende, poi, alla prova dei fatti l'impegno assunto in occasione del Consiglio dei ministri informale di Tallinn del 6 luglio scorso che ha posto le basi per una politica comune dell'Unione mirante alla cooperazione coi Paesi del Nord Africa, particolarmente la Libia, da cui di solito partono i migranti (ben il 97% del totale degli arrivi nella prima metà del 2017, secondo quanto riferisce il *paper* su *Libia: partner per il governo dei flussi migratori?*, a cura di A. Mattiello, Servizio affari internazionali del Senato della Repubblica, 25 luglio 2017, ora anche in [Astrid](http://Astrid.it)). Dell'impegno in parola si è avuta eco nella dichiarazione congiunta dei Ministri dell'interno tedesco e italiano, Th. De Maiziè e M. Minniti, riportata da *La Repubblica* del 12 luglio 2017, nella quale, tra l'altro, si afferma che "la crisi migratoria riveste anche una dimensione europea interna che deve coniugare solidarietà e responsabilità" (utili informazioni a riguardo della condizione dei Paesi africani possono aversi dal già richiamato *Focus Africa* di Federalismi.it, 1/2017).

Alcuni primi risultati, nondimeno, fanno pensare che il calo vistoso registratosi negli sbarchi nel mese di agosto di quest'anno (che, a dire di P. MIELI, *I migranti e la svolta ignorata*, in *Corriere della Sera*, 24 agosto 2017, si aggirerebbe attorno al 72% rispetto ai mesi precedenti) possa seguitare anche nel prossimo futuro (con specifico riguardo ai compiti ora affidati alla Guardia di frontiera e costiera europea, v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *La nuova guardia di costiera e di frontiera europea: dalla sicurezza delle persone in mare alla "sicurezza interna dell'Unione europea"*, in AA.VV., *Il diritto in migrazione*, cit., 257 ss., e F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2017, 523 ss.).

connotato da forte chiusura che, in ambito interno, sta a base delle ripetute prese di posizione di molti Comuni refrattari a dare ospitalità ai migranti. Lo smistamento di questi ultimi e la loro equa distribuzione territoriale ha, dunque, ostacoli sia interni che esterni, con grave sofferenza e vera e propria menomazione, a un tempo, dei valori di dignità e solidarietà.

È chiaro che, seguitando gli arrivi massicci non accompagnati da una politica solidale degli Stati volta ad offrire accoglienza e ristoro, le strutture predisposte dai singoli Stati maggiormente esposti agli arrivi stessi si rivelano ogni giorno che passa sempre più insufficienti. Il rimedio, tuttavia, non può, in alcun caso o modo, essere quello, pure ventilato in certi ambienti politici, della chiusura dei porti o dei respingimenti di massa⁵³. Chi paventa quest'esito, peraltro – come si sa – non consentito dal diritto e dalla giurisprudenza dell'Unione⁵⁴, mostra di essere afflitto da incorreggibile grettezza mentale e grave miopia, che non gli consente di avvedersi che una siffatta misura fatalmente si ritorcerebbe, a mo' di *boomerang*, contro chi la pone in essere: coi respingimenti e, in genere, con l'adozione di provvedimenti non ispirati a solidarietà abatteremmo “uno dei pilastri della nostra civiltà: e cioè il riconoscimento della dignità di ogni persona umana”, dal momento che “quando parliamo di migranti, parliamo di persone umane. È questo il nocciolo intrattabile della questione”⁵⁵.

Purtroppo, tarda ad affermarsi e a penetrare a fondo nel corpo sociale, fin nelle sue pieghe più recondite, un'idea non utilitaristica di solidarietà, le cui prestazioni non devono attendersi un contraccambio o un ritorno in termini economici⁵⁶. È questa un'immagine riduttiva o, diciamo pure, meschina e, a conti fatti, deformante della solidarietà: i doveri che ad essa fanno capo – com'è stato efficacemente affermato⁵⁷ – non sono “*in cambio di*, ma in quanto *parte di qualcosa*”. Occorre

Il punto cruciale è, però, quello relativo alla sorte di coloro che non partono più ed alla ragione per la quale si trattengono dal farlo: il rischio è, infatti, quello che milioni di individui restino comunque assoggettati a condizioni di vita non dignitose, innaturalmente “separati” da coloro che hanno invece la fortuna di vivere in Paesi dove possono coltivare la speranza di un'esistenza libera e dignitosa (v., ora, al riguardo, M. CARDUCCI, *La democrazia “Apartheid”*, in [Diritti Comparati](#), 11 settembre 2017).

Aspettiamo, poi, di vedere quale sarà la resa effettiva dell'*Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean Route and increase solidarity*, presentato dalla Commissione il 4 luglio 2017, SEC(2017) 339, la cui illustrazione può vedersi nel dossier n. 114 del Servizio studi del Senato su *La gestione delle migrazioni alla luce delle recenti iniziative dell'Unione europea*, agosto 2017. Segnalo, infine, la nota n. 117 del servizio studi del senato su *La proposta di riforma del Codice di frontiere Schengen*, messa a punto dalla Commissione, in cui si prefigura l'adozione di misure volte a “preservare e rafforzare lo spazio Schengen”.

⁵³ Come da più parti s'è fatto notare, differenziare nel trattamento i richiedenti asilo dai c.d. migranti economici equivale nei fatti a stabilire di che morte devono morire persone disperate e senza futuro. D'altro canto, la crescita delle nascite in Africa è tale da portare ad un costante aumento dei migranti della seconda specie (v. i dati riferiti da S. PASSIGLI, *L'Europa ha un'unica scelta politiche nuove per l'Africa*, in *Corriere della Sera*, 19 luglio 2017, e gli altri che sono in A. SCALERA - A. PAHLASINDGH, *La “questione migranti” nei Paesi Ue: alcuni dati*, in [Questione Giustizia](#), 13 ottobre 2017).

⁵⁴ Si rammenti il noto caso *Khlaifia*, su cui, ora, P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 176 ss.; A.I. MATONTI, *Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso Khlaifia*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2/2017, 523 ss.; A. SACCUCCI, *I « ripensamenti » della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive « alla prova » delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. internaz.*, 2/2017, 551 ss., e A. MUCCIONE, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 3/2017, 26 settembre 2017. Fa il punto sugli orientamenti della giurisprudenza europea F.L. GATTA, *Le espulsioni collettive di stranieri alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Il diritto in migrazione*, cit., 219 ss.

⁵⁵ M. MAGATTI, *Un progetto coerente sui valori della solidarietà*, in *Corriere della Sera*, 15 luglio 2017.

⁵⁶ Non si trascuri, ad ogni buon conto, il fatto che gli immigrati, anche se irregolari, si sobbarcano l'onere di lavori particolarmente faticosi ai quali assai spesso non si sottopongono i cittadini, al punto che non sapremmo come far fronte a certi bisogni facendo a meno dell'opera da essi prestata (sul punto, M. AMBROSINI, *Perché “aiutiamoli a casa loro” è uno slogan semplicistico*, in [lavoce.info](#), 18 luglio 2017). Con l'abbassamento crescente del tasso di natalità in Europa, qualora quest'ultima dovesse sbarrare le porte agli ingressi *ab extra* – è ormai provato – si avrebbero effetti negativi di rilevante gravità (v., al riguardo, i dati riportati da L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto*, cit., 24).

⁵⁷ G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in AA.VV., *I doveri costituzionali*, cit., 93.

insomma rifuggire dalla “globalizzazione dell’indifferenza” provocata dalla “cultura del benessere, che ci porta a pensare a noi stessi” e “ci rende insensibili alle grida degli altri”⁵⁸.

L’amore per i lontani, al quale ci richiama una sensibile dottrina⁵⁹, non avrebbe alcun senso se inscritto in una cornice teorica dominata da una concezione utilitaristica della solidarietà. Non va, ad ogni buon conto, perso di vista neppure per un momento che esso può, per la sua parte, concorrere alla soluzione del dramma delle migrazioni di massa, specificamente laddove le prestazioni di solidarietà si indirizzano verso i Paesi in cui allignano miseria, guerra, distruzione, disperazione, che determinano e alimentano quegli esodi.

Il terreno su cui si gioca la partita non è, dunque, quello interno o, meglio, non è solo esso; più e prima ancora è quello che sta fuori della cittadella statale; ed è perciò che a smistare le carte dev’essere in primo luogo la Comunità internazionale e, quindi, organizzazioni, come l’Unione europea, che invocano a giustificazione della loro esistenza i principi di pace e giustizia tra le nazioni.

Il richiamo all’art. 11 può fare molto al nostro caso; e, poiché – come si è veduto – il principio in esso enunciato si pone in funzione servente di quelli di cui agli artt. 2 e 3, coi quali fa “sistema”, ecco che l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale può commutarsi in veicolo della solidarietà, offrendo a quest’ultima l’opportunità di portarsi fuori delle mura domestiche e di dar modo alle norme e agli atti in genere aventi origine esterna che vi danno voce di immettersi in ambito interno, rivendicando centralità di posto e una speciale considerazione nelle operazioni di bilanciamento con altre norme (anche costituzionali!) di diritto interno, proprio perché danno voce a chi voce non ha per invocare tutela per la propria vita e dignità.

⁵⁸ Papa FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, p. 54, al cui magistero si rifà anche A. RANDAZZO, *Immigrazione e volontariato*, in AA.VV., *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, cit., 320.

⁵⁹ A. SPADARO, *L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in in [Forum di Quaderni Costituzionali](#). Sulla proiezione esterna del dovere di solidarietà, v., inoltre, A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, spec. 13 ss.

Alberto Randazzo

A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla [sent. n. 123 del 2017](#) della Corte costituzionale)*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive e presentazione del caso. – 2. L'iter motivazionale della sentenza. – 3. Alcuni nodi della [sent. n. 123 del 2017](#). – 4. (Segue) Come sciogliere i nodi? – 5. Considerazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive e presentazione del caso

Con la [sent. n. 123 del 2017](#)¹, è ritornata sul tavolo della Consulta la *vexata quaestio* dell'intangibilità del giudicato, tema che ormai da anni impegna dottrina e giurisprudenza. Che il “mito del giudicato”², quale ultimo baluardo della sovranità nazionale, sia ormai tramontato appare alquanto pacifico e non sembra necessario indugiare oltre modo sul punto³; infatti, il processo di mutuo condizionamento (e, direi, arricchimento) che oggi interessa le diverse istanze giurisdizionali nazionali, sovra- e internazionali appare inarrestabile e costituisce la cifra di un costituzionalismo che non è più semplicemente multilivello⁴, ma interlivello⁵, in cui i “piani” e i modi della protezione dei

* Destinato anche all'Osservatorio Costituzionale AIC.

¹ ... sulla quale v. R. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU e i processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in questa *Rivista, Studi, 2017/II*, 333 ss., e F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di rievocazione della sentenza passata in giudicato*, in [Federalismi.it](#), 13/2017.

² G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 167 ss.

³ Meno drastica appare, invero, G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in [Federalismi.it](#), 2/2015.

⁴ Com'è noto, la fortunata espressione si deve a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1999, 703 ss., e ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *WHI-Paper*, 5/2002. Nella ormai vasta lett., v., per tutti, F. MAYER, *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System*, in *WHI-Paper*, 15/03; P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi, aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano 2004; P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, nell'Archivio della [Rivista AIC](#), 16 maggio 2006; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2005, 79 ss.; S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 76 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e il nuovo orizzonte della tutela multilivello dei diritti fondamentali alla luce della riflessione di S. Panunzio*, nell'Archivio della [Rivista AIC](#), 31 luglio 2006; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 1/2006, 1660 ss.; S. GAMBINO, *La protezione “multilevel” dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, II, Napoli 2008, 1007 ss., e ID., *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV/2008, 1144 ss.; G. DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti. Lezioni*, Torino 2009; M.G. BERNARDINI, *L'Unione europea ed il Trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti*, in *Dir. soc.*, 3-4/2010, 411 ss.; G. D'IGNAZIO (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano 2011; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Roma 2011, 335 ss.; E. DE MARCO, *Costituzionalismo multilivello e sistemi normativi integrati nell'ambito dell'Unione europea. Spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, II, Napoli 2011, 1249 ss.; P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in [Rivista AIC](#), 1/2012; C.U. SCHMID, *The relationship between the European Convention on Human Rights and national legal systems: a reconstruction based on multi-level governance theory*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino 2015, 167 ss.; A. CANTARO, *Il superamento della multilevel theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, in A. IACOVIELLO (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, Milano 2016, 121 ss. (ora anche in [Accademia](#)); R. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in [Questione Giustizia](#), 4/2016, 89 ss.; G. MARTINICO, *La complessità costituzionale dell'ordinamento europeo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino 2016, spec. 1366 ss.

⁵ L'utilizzo di questo lemma è caro a L. D'ANDREA e da quest'ultimo utilizzato in diversi lavori: tra gli altri, v. *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*,

diritti umani appaiono come “vasi comunicanti” che tutti insieme concorrono alla tutela, la più intensa possibile, dei diritti stessi⁶. Ciò che si intende dire è che la “strada” è segnata e continue sono le conferme della direzione verso la quale ci stiamo muovendo.

Il caso che qui ci occupa, infatti, per certi versi (e meno per altri), sembra porsi in linea di continuità con precedenti illustri nei quali, a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti umani, il nostro giudice delle leggi non ha esitato a “colpire” l’istituto del giudicato, facendone scricchiolare le solide basi sulle quali fino a quel momento si era retto; il pensiero, ovviamente, va alle [sentt. nn. 129 del 2008](#) e, soprattutto, [113 del 2011](#). Quest’ultima, in particolare, ha costituito un punto di svolta per la sua stessa natura di sentenza additiva di principio; com’è a tutti noto, in questa circostanza, la Corte ha indicato nella revisione del processo la soluzione prioritaria che il legislatore (per un verso) e i giudici (per l’altro) sono chiamati ad adottare in casi di contrasto tra giudicato interno (penale) e giudicato di Strasburgo, conseguente alla violazione delle norme relative al processo equo (*ex art. 6 CEDU*) rilevata dalla Corte EDU⁷.

Se fino ad ora la questione dei conflitti tra giudicati (e della loro risoluzione) aveva specialmente interessato, in ambito interno, la materia penale, anche a motivo degli “interessi in gioco, primo fra tutti quello della libertà personale”⁸, adesso il problema ha finito per coinvolgere anche il giudicato amministrativo (e, di riflesso, quello civile)⁹. È questo l’elemento di “novità” della [sent. n. 123 del 2017](#), che al tempo stesso conferma la tendenza in atto di cui si diceva poco sopra e la “rilevanza” della CEDU pure in questa branca del diritto¹⁰.

Torino 2016, 307; questa espressione rende bene l’idea di una tutela dei diritti umani che non semplicemente si inverte su più (e diversi) piani ordinamentali, ma che beneficia delle mutue implicazioni tra *Carte* e tra *Corti*.

⁶ Come tutti sanno, è soprattutto a partire dalla [sent. n. 317 del 2009](#) che la Consulta imprime particolare forza al criterio della tutela più intensa dei diritti, sebbene la dottrina ne avesse già parlato in passato.

In dottrina, dopo P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41, tra i molti altri, cfr. A. RUGGERI, in più scritti, tra i quali v., di recente, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, ora in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XX, Torino 2017, 231 ss., e ivi *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, 301 s. V., inoltre, D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all’elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1820; L. CASSETTI, *La “ricerca dell’effettività”: dalla lotta per l’attuazione dei principi costituzionali all’obiettivo della “massima espansione delle tutele”*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli 2012, 3 ss. (anche in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 1/2013); G. D’AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino 2015, 55, e ID., *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino 2016, 706 ss., ivi v. anche L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, 412 ss.; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in [Federalismi.it](#), 7/2016, § 5; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., II, 1664 ss.; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli 2017, 92 ss. e 111 ss.

⁷ Si lascia volutamente in disparte, in questa sede, il tema del rapporto (e dell’eventuale contrasto) tra giudicato interno e giudicato della Corte di giustizia.

⁸ S.L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2015, 1293; S. RECCHIONI, *Infirmas del giudicato domestico per violazione della disciplina dei diritti umani*, in *Studium iuris*, 5/2016, 542. Ad avviso di A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell’intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, 475, invece, “nel diritto amministrativo, così come nel diritto civile, il problema è meno sentito, in ragione delle maggiori possibilità di ottenere la soddisfazione della pretesa di cui si lamenta la lesione prescindendo dalla necessità di riaprire la vicenda processuale”; su questo punto si tornerà in seguito.

⁹ Cfr. S. RECCHIONI, *Infirmas del giudicato domestico*, cit., 544.

¹⁰ ... sebbene “in maniera non autonoma”, come rileva A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 477 ss., spec. 500 e 510. In argomento, cfr. anche M.L. MADDALENA, L. MONTEFERRANTE, *La giustizia amministrativa in dialogo con la Corte EDU*, in [Giustizia Amministrativa](#), 28 luglio 2012.

Ricostruiamo brevemente il fatto¹¹.

La questione di legittimità che ha portato alla decisione in esame è stata sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con ord. n. 2 del 2015, con la quale il supremo giudice amministrativo ha dubitato della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, comma 1, Cost. degli artt. 106 del d. lgs. n. 104 del 2010 ("Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo") e degli artt. 395 e 396 c.p.c., "nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo"¹².

Il Consiglio di Stato era stato adito al fine di ottenere la revocazione di una sua precedente pronuncia, la sent. n. 4 del 2007, con la quale aveva dichiarato inammissibili i ricorsi di alcuni medici con i quali si chiedeva di condannare l'Università di Napoli "Federico II" al versamento di contributi previdenziali; in quell'occasione, il giudice amministrativo aveva dichiarato la decadenza dell'azione, alla luce dell'art. 45, comma 17, del d. lgs. n. 80 del 1998 e dell'art. 69, comma 7, del d. lgs. n. 165 del 2001 (Testo Unico sul Pubblico impiego)¹³, sostanzialmente riproduttivo del primo.

Intanto, però, è intervenuta la Corte EDU con le pronunce [Mottola c. Italia](#) e [Staibano c. Italia](#) del 2014, con le quali il giudice di Strasburgo ha "accertato che lo Stato italiano, con la sentenza n. 4 del 2007 del Consiglio di Stato, ha violato il diritto dei ricorrenti di accesso a un tribunale, garantito dall'art. 6 della CEDU, nonché il diritto al rispetto dei propri beni, garantito dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU"¹⁴. Alla luce della giurisprudenza europea, pertanto, il rimettente riteneva che, stante il silenzio delle previsioni al riguardo, l'ordinamento dovesse prevedere un nuovo caso di revocazione delle sentenze amministrative e civili (come si sa, la disciplina della revocazione che riguarda le prime ricalca quella prevista per le seconde) nell'ipotesi di sopravvenuta giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al fine di non incorrere nella violazione dell'art. 46, par. 1,

¹¹ Tra gli altri, illustrano il caso M. BRANCA, *Verso un ampliamento dei casi di revocazione della sentenza del giudice amministrativo: un intervento costituzionalmente e convenzionalmente necessario*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), aprile 2015; P. PATRITO, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione della sentenza del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte EDU*, in *Giur. it.*, 12/2015; S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1271 ss., e ID., *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 11/2015, 1429 ss.

¹² Punto 1 del *cons. in dir.*

¹³ Sembra interessante rilevare che l'art. 69, comma 7, ora richiamato era stato già diverse volte oggetto di precedenti questioni di legittimità dichiarate manifestamente infondate in relazione ai diversi parametri di volta in volta invocati (tra i quali mai vi era l'art. 117, comma 1, Cost.); segnatamente ci si riferisce alle questioni decise con [orrd. nn. 214 del 2004](#), [213](#) e [382 del 2005](#), [197 del 2006](#). È possibile rilevare che la stessa Corte EDU non ha avuto nulla da eccepire in merito alla previsione da ult. cit., come emerge dalle sentt. [Mottola](#) e [Staibano](#). Nella prima di esse (ma le due pronunce sono sovrapponibili), infatti, il giudice di Strasburgo, dopo aver precisato che il c.d. "diritto ad un tribunale" può subire limitazioni (v. punto 27), osserva che "l'irrecevabilité du recours administratif des requérants était la conséquence de l'application des règles sur la répartition des compétences et les délais de procédure prévues à l'article 69 § 7 du texte unifié sur l'emploi public. Cette disposition poursuivait un but d'intérêt général, en l'occurrence celui d'une répartition cohérente et rationnelle de la compétence en matière de 'rapport d'emploi public' entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Par ailleurs, la fixation de délais de procédure poursuivait le but légitime d'assurer une bonne administration de la justice" (punto 28). A ciò si aggiunga che la Corte EDU opportunamente riconosce ai singoli Stati (e quindi ai tribunali) la responsabilità di interpretare il diritto interno, il che "è particolarmente vero per quanto riguarda l'interpretazione da parte dei giudici di regole di natura procedurale" che disciplinano i termini per l'introduzione dei ricorsi (traduz. non ufficiale; cfr. punto 29).

Accennano alle questioni in parola E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2017, 199 e nota 13; M. BRANCA, *Verso un ampliamento dei casi di revocazione*, cit., e P. PATRITO, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione*, cit., 2711.

¹⁴ Per la parte testuale e, in generale, per l'esposizione del caso, v. punto 2 del *cons. in dir.* Sembra opportuno anche rilevare che ad avviso della Corte EDU "allo stato attuale, non vi sia luogo per decidere sull'applicazione dell'articolo 41". Come si legge, il giudice di Strasburgo "di conseguenza, si riserva la decisione e fisserà l'ulteriore procedimento, tenuto conto della possibilità che il Governo e i ricorrenti addividengano ad un accordo" (punto 70 di entrambi le decisioni richiamate).

CEDU, a norma del quale sussiste un obbligo per gli Stati aderenti alla suddetta Convenzione di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”, spettando al Comitato dei ministri vigilare sull’esecuzione delle sentenze stesse. Sembra opportuno ricordare, alla luce dell’orientamento consolidato a Strasburgo, che il giudice europeo, nei casi in cui ravvisi la violazione dell’art. 6 CEDU da parte di una sentenza di condanna di diritto interno, non ritiene sufficiente la riparazione pecuniaria del danno (*ex art. 41 CEDU*), ma reclama la *restitutio in integrum*¹⁵, da ottenere possibilmente attraverso la riapertura del processo viziato¹⁶ e quindi con il travolgimento del giudicato interno¹⁷.

Infine, ad avviso dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dalla “mancata previsione di un caso specifico di revocazione” sarebbero potuti risultare altresì violati gli artt. 24 e 111 della Carta costituzionale, in quanto “le garanzie di azionabilità delle posizioni soggettive e di equo processo previste dalla nostra Costituzione non sono inferiori a quelle espresse dalla CEDU”¹⁸. Tale questione, tuttavia, è stata dalla Consulta dichiarata inammissibile per difetto di motivazione in merito alla non manifesta infondatezza (v. punto 3 del *cons. in dir.*)¹⁹.

Ciò che ai nostri fini maggiormente interessa è la prima censura, quella relativa alla possibile violazione dell’art. 117, comma 1, Cost.; su essa si appunterà adesso l’attenzione.

2. L’iter motivazionale della sentenza

Come si è già accennato, il contrasto con il parametro costituzionale da ultimo richiamato si sarebbe configurato a causa della mancata esecuzione delle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#), con le quali è stata accertata la violazione dell’art. 6 CEDU a danno dei ricorrenti, “non essendo stato loro consentito, in concreto, di accedere a un tribunale”²⁰ per decadenza del termine per farlo, alla luce di un mutamento di indirizzo giurisprudenziale in merito all’interpretazione dell’art 69, comma 7, d. lgs. n. 165 del 2001²¹; inoltre, le decisioni della Corte EDU hanno anche rilevato “una violazione di natura sostanziale”, in quanto i medici sarebbero stati “lesi anche nel diritto al rispetto dei propri beni” *ex art. 1 del Primo Protocollo alla CEDU*, essendo venuto meno il loro diritto di credito in riferimento

¹⁵ Cfr. quanto osserva E. MALFATTI, *L’interpretazione conforme nel “seguito” alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, cit., 1292 s.

¹⁶ In argomento, v. S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1281 ss. (spec.1285 s.), che riporta diverse sentenze della Corte EDU, che dimostrano come in pochi casi, in materie diverse da quella penale, il giudice europeo abbia previsto la riapertura del processo.

¹⁷ Al riguardo, non si dimentichi la Raccomandazione n. R(2000)2 del Comitato dei ministri, alla quale ha fatto seguito la Raccomandazione n. R(2004)1684 dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa.

¹⁸ Punto 2 del *cons. in dir.*

¹⁹ Questo punto è particolarmente criticato da F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo*, cit., § 5, a cui avviso la motivazione era sufficientemente argomentata; l’A. osserva che, pure a volere rilevare il difetto di motivazione, il giudice delle leggi avrebbe dovuto pronunciare l’inammissibilità della questione non solo in riferimento agli artt. 24 e 111 della Carta, ma anche all’art. 117, comma 1. Pertanto, ritiene che “la scomposizione della decisione tra inammissibilità e infondatezza è servita ‘tecnicamente’ ad agevolare la conclusione in punto d’infondatezza della questione”.

²⁰ Punto 4.1 del *cons. in dir.*

²¹ Come si legge nella sent. del 13 novembre 2006 (dep. il 21 febbraio 2007), pronunciata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, “la norma ora cit. (oggi art. 69, comma 7, del T.U. n. 165 del 2001) dispone che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. Alle origini la giurisprudenza ha ritenuto che la cit. disposizione fosse rivolta a sancire che i ricorsi sopramenzionati, se non proposti entro il 15 settembre 2000 innanzi al giudice amministrativo, avrebbero potuto essere radicati oltre tale data innanzi al giudice ordinario (la nuova giurisdizione subentrata al giudice amministrativo dopo la c.d. privatizzazione). Nel prosieguo, però, si è consolidato un diverso indirizzo [...] che collega alla scadenza del termine del 15 settembre 2000 la radicale perdita del diritto a far valere, in qualunque sede, ogni tipo di contenzioso”. L’Adunanza Plenaria, poi, ha richiamato le [ordd. nn. 214 del 2004](#), [213](#) e [382 del 2005](#), [197 del 2006](#), con le quali il giudice delle leggi ha fatto salva la previsione in discorso.

al versamento dei contributi previdenziali²². È alla luce di quanto detto, quindi, che il giudice di Strasburgo ha appurato – come detto – la violazione dell’art. 6 CEDU e dell’art. 1 del Prot. richiamato²³.

Accertata la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, la Consulta ha ritenuto nel merito non fondata la questione ed ha chiarito che le situazioni di coloro che hanno adito la Corte EDU e di coloro che non lo hanno fatto sono da considerare in modo diverso, in tal modo confermando quanto osservato con la [sent. n. 210 del 2013](#); con quest’ultima pronuncia, infatti, il giudice delle leggi ha affermato che l’obbligo di riaprire i processi viziati, sulla scorta dell’accertamento operato dalla Corte europea, sussiste solo nei confronti di coloro che hanno, vittoriosamente, fatto ricorso a quest’ultima. In altre parole, quindi, l’unico giudicato che può venire intaccato è quello relativo alle parti che hanno adito il giudice europeo dopo aver percorso le vie giurisdizionali interne; a tal proposito, la Consulta ha operato un richiamo al suo illustre precedente rappresentato dalla [sent. n. 113 del 2011](#). Il giudice delle leggi, a questo punto, si è interrogato sulla possibilità di operare il medesimo ragionamento nelle ipotesi in cui il giudicato interno in contrasto con quello europeo sia diverso da quello penale e, specificamente, sia quello amministrativo (o quello civile). Al riguardo, la Corte costituzionale ha ricordato che, ad avviso del giudice europeo, l’obbligo di conformazione alle proprie sentenze debba essere osservato attraverso il pagamento dell’equo indennizzo e l’adozione di misure individuali (appunto, volte alla *restitutio in integrum*, al fine di consentire al ricorrente di porsi in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non si fosse prodotta quella violazione dell’art. 6 CEDU) o di misure generali da parte degli Stati. Come si legge nella sentenza in commento, il giudice di Strasburgo ha ribadito che nel caso in cui sia stata accertata la violazione delle regole del processo equo la riapertura del processo (o il riesame del caso) costituisca il “mezzo più appropriato per operare la *restitutio in integrum*”²⁴, sebbene “l’obbligo di conformazione alle sentenze della Corte [abbia] un contenuto variabile” e “che le misure ripristinatorie individuali diverse dall’indennizzo [siano] solo eventuali e [vadano] adottate esclusivamente laddove siano ‘necessarie’ per dare esecuzione alle sentenze stesse”²⁵.

Come ha osservato la Consulta, la posizione della Corte EDU in merito ai processi diversi da quello penale “è sostanzialmente in linea” con quanto fin qui detto; tuttavia la misura della riapertura del processo, quale strada obbligatoria da percorrere per uniformare le decisioni interne rispetto a quelle di Strasburgo, è da considerare concepibile solo in quegli ordinamenti in cui sia già effettivamente prevista la revisione del giudicato in caso di violazione della CEDU²⁶. A tal proposito,

²² Ad avviso della Corte EDU, infatti, al riguardo lo Stato “non [ha] garantito un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco” (punto 58).

²³ Punto 4.1 del *cons. in dir.*

²⁴ Punto 10 del *cons. in dir.* Non a caso, viene richiamata la nota Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri, con la quale “agli Stati si è chiesto “di esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione”.

²⁵ Punto 11 del *cons. in dir.*

²⁶ Punto 12 del *cons. in dir.* Al riguardo, però, ponendo a confronto l’istituto della revisione del giudicato penale e quello della revocazione del giudicato civile e amministrativo non troppo dissimili appaiono le rispettive “situazioni di partenza”; infatti, le discipline approntate originariamente dal legislatore appaiono caratterizzate dalla previsione di casi tassativi non riguardanti l’ipotesi di contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo. Per tale ragione, non sembra cogliere nel segno la precisazione della Corte costituzionale, nella [sent. n. 123](#), in base alla quale “l’indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la *restitutio in integrum*, è presente esclusivamente in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato”. In questo modo, infatti, la Consulta pare voler utilizzare un ulteriore argomento a sostegno del suo impianto motivazionale con il quale esclude l’introduzione di un nuovo caso di revocazione. Cfr. anche R. CONTI, [L’esecuzione delle sentenze](#), cit., 338, che richiama Corte EDU, [Tence c. Slovenia del 31 maggio 2016](#) e [Perak c. Slovenia del 1° marzo 2016](#), in cui l’invito alla riapertura dei processi interni era stato rivolto ad un legislatore (appunto, quello sloveno) che non aveva fino a quel momento previsto una tale ipotesi all’interno del proprio ordinamento; peraltro, come l’A. osserva, fa specie il fatto che le decisioni da ultimo ricordate facciano richiamo alla [sent. Bochan](#), che – secondo quanto si legge nella [sent. n. 123](#) – “riassume con grande chiarezza l’atteggiamento della Corte EDU nelle materie diverse da quella penale” (punto 12.1 del *cons. in dir.*).

il giudice delle leggi ha richiamato la sent. relativa al caso [Bochan c. Ucraina](#), nella quale la Corte europea ha messo in luce che, in merito ai processi civili, manca una uniformità di soluzioni, essendo rimessa ai singoli Stati “la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte”²⁷.

Dalla decisione appena richiamata emerge una particolare attenzione, nell’ambito del giudizio civile (e quindi anche di quello amministrativo), per la tutela dei terzi (ossia dei soggetti diversi dalle parti del processo al quale il giudicato contrastante con la CEDU si riferisce). Questo aspetto, ad avviso della Consulta, vale a distinguere questi due tipi di processi (appunto, civile e amministrativo) da quello penale (si ricordi, la già cit. [sent. n. 210 del 2013](#)), venendo in luce un “atteggiamento più cauto della Corte EDU”²⁸ nei primi due casi. Da quanto appena detto deriva che, nel caso in questione e pertanto quando il giudice di Strasburgo rileva un contrasto tra un giudicato civile o amministrativo con l’art. 6 CEDU²⁹, “dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l’esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco”³⁰. Alcune considerazioni, prima di procedere, sembrano opportune. Il giudice delle leggi sembra dire: secondo la Corte EDU, non è necessario procedere alla riapertura del processo, ma è consigliabile; in ogni caso gli Stati potrebbero provvedere anche in altro modo, nell’adempimento dell’obbligo di conformarsi alle decisioni di Strasburgo. A tal proposito, la Consulta non ha mancato di operare richiami di diritto comparato, riferendo di Paesi che nel proprio ordinamento hanno previsto la revocazione, quale mezzo utile alla risoluzione dei problemi in discorso.

Infine, la Corte costituzionale ha osservato che l’eventuale possibilità di ricorrere alla riapertura del processo, che implica il “travolgimento del giudicato” (civile o amministrativo), è rimessa “in via prioritaria” al legislatore³¹, il quale è chiamato al riguardo ad una “delicata ponderazione” tra gli interessi delle parti e quelli dei terzi³². Come si può notare, la fondamentale preoccupazione della Consulta è, appunto, per i terzi, alla stregua di quanto emerso dalla giurisprudenza di Strasburgo; è proprio la loro posizione che marca – lo si ribadisce – la differenza tra processo penale (da un lato) e processo civile e amministrativo (dall’altro). In questa luce, quindi, si può leggere lo “strano” invito (o, se si preferisce dire, suggerimento) della Corte costituzionale a provvedere ad “un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale”: ad avviso del giudice delle leggi, infatti, “una

²⁷ Punto 12.1 del *cons. in dir.* Si può considerare, questa, un’applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, che – com’è noto – la Corte EDU riconosce agli Stati.

²⁸ Punto 13 del *cons. in dir.*

²⁹ La Corte costituzionale, in generale, parla di “materie diverse da quella penale” (v. punto 15 del *cons. in dir.*), il che lascerebbe intendere che, ad es., anche la materia tributaria (o altre ancora) siano da trattare con la medesima cautela.

³⁰ Punto 15 del *cons. in dir.*

³¹ A questo riguardo, infatti, sembra opportuno ricordare che l’art. 3 della legge n. 5 del 2013 di adattamento alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2 dicembre 2004 prevedeva che “le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della CIG di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall’articolo 395 del codice di procedura civile”. Com’è noto, la previsione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla [sent. n. 238 del 2014](#), in quanto considerata “in contrasto con il principio fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24 Cost. Come si è già osservato, il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell’ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l’esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale è in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona” (punto 5.1 del *cons. in dir.*).

Il caso ora richiamato appare degno di particolare interesse per molte ragioni. In particolare, si può osservare come l’art. 3, censurato dalla Corte, dia testimonianza degli ampi “margini di discrezionalità” di cui gode (almeno potenzialmente) lo Stato “all’atto di dare esecuzione alle sentenze di una Corte internazionale che trae disciplina da un trattato internazionale al quale l’Italia ha aderito” (R. CONTI, [L’esecuzione delle sentenze](#), cit., 340); al tempo stesso, però, l’intervento caducatorio della Consulta ricorda come non sia possibile consentire l’esecuzione di sentenze che si pongano in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

³² Punto 17 del *cons. in dir.*

sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU – renderebbe più agevole l’opera del legislatore nazionale”³³. Come si ricorderà, però, ad oggi spetta al Presidente della Corte EDU decidere se “invitare” (o meno) “ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze” (*ex art. 36, par. 2, CEDU*).

Non pochi dubbi – lo si confessa – solleva la posizione sul punto assunta dalla Corte costituzionale³⁴; peraltro, quest’ultima, riconoscendo – come detto – il ruolo fondamentale che in materia riveste il legislatore, in considerazione pure del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dalla Corte EDU, si sarebbe forse potuta spingere al punto di dichiarare l’inammissibilità della questione e non l’infondatezza, ma – come si sa – non è la prima volta che la Consulta si esprime in questi termini (si veda, ad es., la già richiamata [sent. n. 129 del 2008](#)).

3. Alcuni nodi della [sent. n. 123 del 2017](#)

Illustrato il ragionamento operato dalla Consulta, è adesso possibile sottoporre alla comune attenzione talune considerazioni che sorgono spontanee alla luce della motivazione della sent. n. 123.

Sembra utile procedere “a ritroso”. La soluzione che ad avviso della Corte sembra preferibile è, come detto, quella di un maggior coinvolgimento dei terzi nel processo dinanzi al giudice di Strasburgo; a livello teorico, questa proposta appare fondata (specialmente se letta sulla base della giurisprudenza di Strasburgo), in quanto la partecipazione al processo convenzionale dei soggetti interessati (oltre le parti) consentirebbe di procedere alla riapertura del processo interno in caso di contrasto tra giudicati. Sul piano pratico, tuttavia, mal si comprende il senso di una tale indicazione, peraltro inserita in chiusura di sentenza a mo’ di soluzione del caso sottoposto all’attenzione del giudice costituzionale. Infatti, perlomeno inusuale sembra il ruolo di “suggeritrice” che, in questo caso, interpreta la Consulta (solitamente è la Corte di Strasburgo ad esserlo nei confronti delle Corti nazionali e dei giudici comuni); è fin troppo ovvio – e la Corte costituzionale lo sa bene tanto da esplicitarlo – che l’inveramento dell’auspicio in parola “passa” attraverso una modifica della Convenzione europea, per la quale nulla può il giudice delle leggi, una modifica peraltro assai difficilmente realizzabile, considerato il numero degli Stati che dovrebbero recepirla. Che poi l’obiettivo lo si possa ugualmente raggiungere per via giurisprudenziale sembra dubbio per almeno due ragioni: per un verso, l’art. 36, par. 2, parla fin troppo chiaro e quindi non si vede quale sia lo spazio lasciato alla stessa Corte EDU per ampliarne la portata (appunto al fine di consentire un coinvolgimento dei terzi); per altro verso, non si vede quante possano essere le possibilità che il giudice europeo dia seguito alle “indicazioni” della Corte costituzionale di un’Alta Parte contraente (il che, in generale, sarebbe auspicabile in un’ottica di reale dialogo, che altrimenti rischia di diventare un monologo). A quest’ultimo proposito, infatti, è da considerare positivamente l’audacia del nostro giudice delle leggi e sarebbe da qualificare altrettanto positivamente un atteggiamento di reale ascolto da parte della Corte EDU. Tuttavia, il giurista non può fare a meno di rimanere ancorato ad un sano realismo e riconoscere la distanza che intercorre tra i meri auspici (e la speculazione scientifica) e l’esperienza; detto in altri termini, lo studioso non può non rilevare lo “scarto” esistente nel mondo del diritto tra la sfera del “dover essere” e quella dell’“essere”.

Al di là del fatto che si potrebbe discutere in merito al differente rilievo che è riconosciuto agli interessi dei terzi nell’ambito del processo civile e amministrativo rispetto a quello penale (forse a motivo del *favor libertatis* che caratterizza quest’ultimo rispetto agli altri due campi, nei quali tutti gli interessi sono posti in posizione di maggiore equilibrio), tanto da ritenere particolarmente opportuno un loro coinvolgimento solo nei primi due casi³⁵, ciò che balza agli occhi è l’impossibilità

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. anche R. CONTI, [L’esecuzione delle sentenze](#), cit., 342.

³⁵ ... ma sul punto, sarebbe da interrogare la Corte EDU, alla quale – come detto – la Consulta si è conformata.

di incidere della proposta – seppure suggestiva – della Corte costituzionale, intervenuta in un campo di non sua competenza. A conti fatti, la strada indicata, che pure potrebbe portare alla meta, è purtroppo impraticabile; occorre, allora, pensare ad un percorso alternativo.

A questo punto, le soluzioni astrattamente prospettabili appaiono principalmente due: la riapertura del processo o il pagamento di un equo indennizzo (*ex art. 41 CEDU*); invero, una terza opzione potrebbe essere quella della riapertura del processo e, al contempo, del “semplice” ristoro pecuniario a beneficio dei terzi. Occorre quindi chiedersi come possa aversi la riapertura del processo nei giudizi civili e amministrativi, soluzione – come si è visto – particolarmente caldeggiata dal giudice di Strasburgo (con specifico riferimento alla materia penale), per realizzare la *restitutio in integrum* di colui che è stato danneggiato dalla violazione della CEDU da parte del giudice interno. È evidente, come emerge dai riferimenti comparatistici³⁶, che la soluzione che intravede il giudice delle leggi sia la revocazione (istituto previsto in entrambe le branche del diritto); occorre, però, vedere se ed in quale casi si possa ricorrere ad essa.

Preliminarmente, va rilevato come la Corte costituzionale faccia richiamo al precedente della [sent. n. 113](#) e alla revisione del processo seppure la vicenda ad oggetto della questione riguardasse un caso (ed un ambito) affatto diverso; il motivo di questo riferimento, che potrebbe sembrare eccentrico, sta nel fatto che la Consulta, semplicemente, ha risposto a quanto scritto nella stessa ordinanza di rimessione, che a sua volta riportava quanto affermato dai ricorrenti. Non v'è dubbio che il giudice delle leggi avrebbe potuto rilevare l'impossibilità di operare tale confronto, magari facendo leva sulla tecnica del *distinguishing*, come ha fatto in altre occasioni³⁷; tuttavia, probabilmente, l'argomento è parso “comodo” alla Consulta per impostare la motivazione ed è stato utilizzato *ad adiuvandum*, non trascurandosi comunque le sostanziali differenze tra i due casi, che la Corte non manca di rilevare. È curioso, poi, come il giudice delle leggi si trovi ad un passo dal proporre, appunto, la revocazione del processo, ma poi si arresti e, di fatto, consigli di scartare questa opzione. Questo modo di procedere sarebbe parso ragionevole se fosse stata indicata, nel prosieguo della decisione, la via da percorrere per la risoluzione del conflitto tra i giudicati; invece la Corte avanza sì una proposta, ma di problematica realizzazione, almeno nel breve periodo. Se mai il giudice di Strasburgo ascolterà il suggerimento lo si potrà vedere solo in futuro; certo è che il caso rimane sostanzialmente aperto. Ciò che però maggiormente preoccupa è che la vicenda processuale è anche irrisolvibile, non essendo stato indicato (come nella cit. [sent. n. 113](#)) il principio al quale il legislatore possa subito uniformarsi. Ci si deve, dunque, chiedere se il Parlamento farebbe bene a prevedere un apposito caso di revocazione. Le maglie dell'ordinamento consentono un'operazione di questo tipo? Questo è quanto adesso si indagherà, fermo restando che la “delicata ponderazione” alla quale la Consulta ha invitato il legislatore (che pure viene opportunamente indicato come il soggetto istituzionale deputato a provvedere) potrebbe costituire per quest'ultimo un freno suscettibile di rallentare l'operato.

4. (Segue) *Come sciogliere i nodi?*

Come si legge nell'ordinanza di rimessione, i ricorrenti avevano chiesto al supremo organo di giustizia amministrativa di procedere alla revocazione, dare “una diretta applicazione al giudicato della corte europea” e solo in subordine sollevare la questione dinanzi alla Corte. Alla luce dei fatti,

³⁶ Interessanti spunti di diritto comparato, di vario segno, sono anche offerti da S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1287 ss.

³⁷ Si pensi, ad es., alla [sent. n. 236 del 2011](#); sul punto, v., tra gli altri, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in questa *Rivista, Studi*, 2011 (7 novembre 2011), § 3, e ora in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, *Studi dell'anno 2011*, Torino 2012, 464 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.* 7/2010, 960 s.; R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano 2013, 208 ss., ma *passim*; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in [Federalismi.it](#), 7/2016, § 4.

può dirsi che il Consiglio di Stato non se la sia sentita di procedere autonomamente, in quanto ciò avrebbe implicato una non applicazione della norma interna a beneficio della CEDU e, quindi, del giudicato europeo, operazione che – com'è noto – la giurisprudenza costituzionale dal 2007 ad oggi ha sempre rigettato.

Come osserva il giudice rimettente, “i casi di revocazione delle sentenze amministrative ammessi dal nostro ordinamento sono tassativamente elencati dal combinato disposto degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. Un'interpretazione volta ad ammettere un ulteriore caso di revocazione quale quello di cui qui si discute non è configurabile alla stregua di alcun canone ermeneutico e comporterebbe un intervento oltremodo creativo del giudice tale da usurpare il ruolo spettante al Legislatore o al Giudice delle leggi”; per questa ragione, l'auspicio (non dichiarato ma intuibile) del Consiglio di Stato era forse che la Corte costituzionale, sulla scia di quanto operato nell'ambito del processo penale³⁸, provvedesse con una sentenza additiva, che certamente avrebbe potuto “sbloccare” la situazione. Diversamente, infatti, la scelta verso una sentenza di rigetto (qual è la [n. 123](#)), come già detto, ha creato un “imbarazzante” stallo³⁹, il che poi espone il nostro Stato a responsabilità (che si traduce nell'indennità da versare) per la mancata esecuzione delle sentenze europee e quindi alla violazione dell'art. 46 CEDU⁴⁰; d'altra parte, come si sa, la Corte costituzionale opta per le sentenze additive “di regola” solo se si è in presenza delle “rime obbligate” (che in questo caso, a suo dire, evidentemente, non sussisterebbero)⁴¹, mentre fa luogo ad additive “di principio” soltanto se quest'ultimo è desumibile dal contesto normativo di riferimento (possibilità, anche questa, che la Consulta ha ritenuto di dover scartare).

A questo punto, quali strade sono percorribili nel nostro caso?⁴²

Occorre distinguere il compito del legislatore da quello del giudice. In sintesi, il primo potrebbe prevedere un nuovo caso di revocazione, nell'ipotesi in cui sorga un contrasto tra un giudicato interno ed una successiva pronuncia della Corte EDU, ma questo richiede tempi tecnici⁴³ e – come si dirà – potrebbe creare qualche ulteriore problema; il secondo, potrebbe sollevare nuovamente la questione di legittimità alla Corte costituzionale (ovviamente, dovrebbe farlo un giudice diverso da quello che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale)⁴⁴. Per verificare se esse hanno un qualche

³⁸ ... sebbene solo in un secondo momento: si ricordino le diverse posizioni tenute dalla Consulta nel 2008 con la [sent. n. 129](#) e nel 2011 con la [sent. n. 113](#).

³⁹ Non a caso, R. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze*, cit., 337, rileva che “la scelta della Corte costituzionale [...] paralizza gli effetti delle sentenze della Corte edu che certificano la persistenza del pregiudizio in relazione alla pronuncia interna”.

⁴⁰ Cfr. ancora R. CONTI, *op. et loc. ult. cit.*

⁴¹ Ad avviso di F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e superamento del giudicato*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale*, a cura di C. Padula, Napoli 2016, 137, la “rima obbligata” in questo caso non si avrebbe anche perché “nella propria sentenza la Corte EDU non ha indicato specifiche misure individuali o generali per il seguito nazionale” e “perché la giurisprudenza della stessa Corte europea ha suggerito la riapertura del giudicato civile o amministrativo solo nel caso in cui il rimedio revocatorio era previsto dalla legislazione interna” (ma su quest'ultimo punto si è già espressa qualche perplessità).

⁴² Si segnala di passaggio che, anche qualora fosse già in vigore il prot. 16 allegato alla CEDU, ugualmente il problema non potrebbe dirsi risolto, sia per il fatto che i pareri emessi dalla Corte europea non sarebbero comunque vincolanti e sia perché la loro funzione è specificamente di natura preventiva, al fine cioè di evitare l'insorgere del conflitto tra giudicati. Va nondimeno avvertito che pur laddove il conflitto stesso sia ormai esploso, la consultazione richiesta dal giudice nazionale potrebbe ugualmente dar modo alla Corte di rivedere, almeno in parte, la propria posizione. Cfr., di recente, A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 470; E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria*, cit., 244, nota 100.

⁴³ Questa, invero, era la novità che si sarebbe voluta introdurre con l'art. 3 del d.d.l. S-3354 della XIV legislatura ormai decaduto (v. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., nota 154).

⁴⁴ Come si dirà in chiusura, invero, sono state già sollevate altre due questioni di legittimità costituzionale, non ancora decise dalla Consulta; una in termini pressoché identici a quella di cui si sta discutendo (v. Cons. Stato, Sez. IV, n. 4765 del 2016) e l'altra con la quale si sottopone all'attenzione della Corte il problema del difetto di giurisdizione, in quanto si dubita della costituzionalità dell'art. 69, comma 7, nella parte in cui “prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000” (v. Cass. civ., Sezz.

fondamento, occorre in via preliminare accennare all'attuale disciplina della revocazione (interessante sarebbe anche individuare eventuali differenze tra quest'ultima e la revisione prevista nell'ambito del processo penale), senza però entrare nel dettaglio (anche al fine di non invadere campi del diritto non specifici di chi scrive).

Come già detto, le previsioni che vengono in rilievo ai nostri fini sono gli artt. 395 e 396 c.p.c. e l'art. 106 c.p.a., che opera un rinvio alle previsioni che riguardano il giudizio civile. Da una lettura del primo dei tre articoli ora richiamati, emerge chiaramente come il caso di conflitto tra giudicato interno e giudicato di Strasburgo non solo non sia contemplato, ma non sia riconducibile a nessuna delle ipotesi di revocazione disciplinate⁴⁵, che pure sono accomunate dalla previsione di "elementi estrinseci alla decisione" sulla base dei quali è possibile "porre in discussione un giudicato"⁴⁶; infatti, i casi di revocazione appaiono tassativi e pertanto non suscettibili di essere sottoposti ad un'interpretazione estensiva⁴⁷ o analogica⁴⁸.

Una prima considerazione è possibile fare: l'art. 395 c.p.c. è stato, tra la fine degli anni '80 e gli inizi degli anni '90, oggetto di diversi interventi di tipo additivo della Corte costituzionale, che hanno ampliato i casi di revocazione originariamente previsti dal legislatore⁴⁹; ecco perché alla luce di questa considerazione e, soprattutto, sulla scorta della [sent. n. 113 del 2011](#) è possibile ritenere che l'attesa da parte dell'Ad. Plenaria di una decisione di illegittimità costituzionale di tipo additivo anche in questo caso non sarebbe stata irragionevole. È naturale chiedersi, infatti, quale differenza intercorra

Un., n. 6891 del 2016, sulla quale v. F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo*, cit., § 8). A tal proposito, si rimanda al dettato dell'art. 69, comma 7, c.p.c.

⁴⁵ Per questa ragione, infatti, stante la sentenza di rigetto della Corte, è ovviamente da scartare l'ipotesi che il giudice possa procedere ugualmente alla revocazione.

Tra gli altri, anche S. RECCHIONI, *Infirmas del giudicato domestico*, cit., 542, fa notare come "la revocazione degli artt. 395 ss. c.p.c. non sia strumento utilmente impiegabile per ottenere la caducazione del giudicato interno contrastante con una sentenza della Corte EDU".

⁴⁶ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 531. Sarebbe da chiedersi se, facendo specifico riferimento al caso che ci riguarda, una pronuncia della Corte EDU dalla quale origini un contrasto con il giudicato amministrativo possa essere considerato uno di quegli elementi estrinseci che giustificerebbe un ricorso allo strumento della revocazione (cfr., sul punto, *op. ult. cit.*, 532).

⁴⁷ S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1273.

⁴⁸ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 531; l'A., però, rileva che la sentenza della Corte EDU potrebbe valere solo come "presupposto di fatto per procedere alla revocazione", non sussistendo "una connessione in senso tecnico" con la decisione interna. Per questa ragione, "dovrebbe ammettersi la possibilità di domandare la revocazione anche invocando una pronuncia concernente un caso analogo" (in tal senso, secondo l'A., sembra rilevare Cass. pen., Sezz. Un., n. 18821 del 2014).

⁴⁹ Si ritiene opportuno riportare il testo dell'art. 395 c.p.c. e gli interventi operati dalla Consulta: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituisce un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato".

La Consulta con [sent. n. 51 del 1995](#) ha dichiarato la illegittimità costituzionale del n. 1 "nella parte in cui non prevede la revocazione avverso i provvedimenti di convalida di sfratto per morosità che siano l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra". Inoltre, il n. 4 dell'art. 395 c.p.c. è stato censurato in diverse occasioni e per motivi diversi: con [sent. n. 17 del 1986](#), è stato dichiarato incostituzionale "nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della Corte di cassazione rese su ricorsi basati sul n. 4 dell'art. 360 c.p.c. e affette dall'errore di cui al n. 4 dell'art. 395 dello stesso codice"; con [sent. n. 558 del 1989](#) è stato considerato contrario alla Carta "nella parte in cui non prevede la revocazione per errore di fatto avverso i provvedimenti di convalida di sfratto o licenza per finita locazione emessi in assenza o per mancata opposizione dell'intimato" e "là dove non prevede la revocazione per errore di fatto per i provvedimenti di convalida di sfratto per morosità resi sui medesimi presupposti". Infine, con [sent. n. 36 del 1991](#) lo stesso n. 4 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della Corte di cassazione per errore di fatto nella lettura di atti interni al suo stesso giudizio".

tra il caso ora in esame e i precedenti in discorso sotto il profilo della presenza (o meno) delle “rime obbligate” o della possibilità di desumere un principio al quale uniformarsi; è ovvio che questa osservazione meriterebbe ben altro approfondimento e richiederebbe uno studio in merito alle sentenze additive, che non è possibile fare in questa sede.

Facendo ora una riflessione di carattere generale tra la revocazione ordinaria e quella straordinaria⁵⁰, quest’ultima è stata ritenuta quella che potrebbe fare al caso nostro (quando cioè si hanno conflitti tra giudicati)⁵¹, fermo restando il problema degli interessi dei terzi che da un suo utilizzo potrebbero venirne pregiudicati⁵². In merito poi alla possibilità che il travolgimento di una decisione interna operi anche nei riguardi di soggetti che, pur essendo parti nel giudizio interno, non avevano però fatto ricorso al giudice di Strasburgo, essendo esclusa la possibilità che “in automatico” la revocazione produca effetti anche nei loro confronti (v. [Corte cost. n. 210](#) già richiamata), è chiaro che nulla vieta che essi adiscano il giudice amministrativo e ricorrano, a loro volta, al giudizio di revocazione⁵³. Fermo restando quanto appena detto, non si trascuri che non è possibile escludere che, in alcuni casi, il travolgimento del giudicato sarebbe totalmente inefficace al fine della *restitutio in integrum*, come avverrebbe nell’ipotesi in cui la decisione amministrativa avesse già prodotto i suoi effetti e questi ultimi non siano più rimovibili⁵⁴; in questo caso, per ovvie ragioni, rimarrebbe da percorrere soltanto la strada della riparazione pecuniaria.

Altro discorso è quello che può farsi in merito alle modalità attraverso le quali è possibile dare esecuzione alle sentenze provenienti da Strasburgo nell’ambito del diritto amministrativo, in adempimento all’obbligo sancito nell’art. 46 CEDU. A tal proposito, il giudice amministrativo ha escluso la possibilità di poter procedere al giudizio di ottemperanza in riferimento ad una pronuncia della Corte di Strasburgo⁵⁵; altra possibilità, ma solo qualora la violazione si sia consumata nel corso del procedimento amministrativo, potrebbe essere quella di ricorrere allo strumento del riesame, scartando quindi la via giudiziale⁵⁶. Inoltre, non manca chi rileva che in linea teorica pure l’autotutela potrebbe favorire la *restitutio in integrum*, sebbene il divieto di applicazione diretta delle previsioni convenzionali unitamente alla specificità di talune regole del processo equo, la cui violazione non sarebbe facilmente riparabile, inducano ad escludere, realisticamente, una tale possibilità⁵⁷.

⁵⁰ Come osserva N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un’occasione sprecata dall’Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2006, 1192, è da considerare “straordinaria” la revocazione che è “volta a far valere motivi di contestazione sopravvenuti rispetto alla formazione del giudicato”; è invece da reputare “ordinaria” la revocazione alla quale si procede nel caso di vizi che abbiano “la caratteristica di poter essere conosciuti e rilevati sulla base della sola sentenza” (appunto, quella che si intende revocare) e che quindi non è utilizzabile per travolgere il giudicato. È opportuno ricordare che la revocazione per contrasto tra giudicati è prevista, ma solo quando la decisione con la quale contrasta quella che si intende revocare è precedente a quest’ultima; nel caso che qui si indaga, invece, la pronuncia della Corte EDU è successiva a quella amministrativa.

⁵¹ S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1304 s., 1311.

⁵² Non a caso c’è chi ritiene che potrebbe forse “valutarsi se escludere tale rimedio nei casi in cui terzi soggetti controinteressati possano essere pregiudicati dalla rimozione del giudicato” (S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1306). L’A. ora cit. mette in luce anche taluni punti di deboli di una soluzione del genere, tra i quali il possibile “allungamento dei tempi processuali necessari per giungere ad una pronuncia *veramente definitiva*” (1312; c.vo testuale).

⁵³ Cfr. S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1306 s.

⁵⁴ S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1307; l’A. porta l’esempio dell’“inutilità della rimozione del giudicato che afferma legittimo l’ordine di demolizione di un edificio quando questo è ormai già stato distrutto”.

⁵⁵ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 473; v. anche E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria*, cit., 228 ss., che pure non cela qualche perplessità in merito. Da ultimo, v. F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 133.

⁵⁶ E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria*, cit., 236 ss.

⁵⁷ S.L. VITALE, *Violazione della CEDU*, cit., 1308 s.; cfr. anche M.L. MADDALENA, L. MONTEFERRANTE, *op. cit.*, § 9, che ritengono che si possa ricorrere a questo strumento quando la violazione sia originata da provvedimenti amministrativi (e non da una pronuncia giurisdizionale). L’art. 6 CEDU, infatti, assume rilievo sia nell’ambito dei processi amministrativi che dei procedimenti amministrativi, la violazione del parametro convenzionale in parola – rilevata dal giudice di Strasburgo – potendo essere causata sia da una sentenza del giudice amministrativo che da un provvedimento della Pubblica Amministrazione (cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell’art. 6, Par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2012, 569 ss.). Che l’esecuzione delle pronunce della Corte EDU possa avvenire

Va da sé che l'Amministrazione potrebbe adeguarsi spontaneamente al giudicato europeo, ma – ammesso che volesse farlo – non bisogna dimenticare la eventuale esistenza di controinteressati che potrebbero rivolgersi al giudice dell'esecuzione (questa ipotesi è da considerare in ogni caso in cui si volesse dare esecuzione al giudicato di Strasburgo “in via amministrativa”⁵⁸); non è mancato, però, chi ha osservato che, in riferimento al giudicato amministrativo, il problema dei terzi controinteressati “non si pone” (o forse sarebbe meglio dire si relativizza) se si pensa che comunque la decisione europea, proprio in forza dell'art. 46 CEDU, “è opponibile all'ente pubblico interessato al mantenimento del giudicato amministrativo”⁵⁹.

5. Considerazioni conclusive

A questo punto è possibile svolgere qualche breve osservazione conclusiva. La vicenda che sta alla base della [sent. n. 123 del 2017](#) ha confermato l'orientamento della Corte di Strasburgo, sulla scia di illustri precedenti⁶⁰, volto ad estendere la portata dell'art. 6 CEDU anche alla materia civile e amministrativa⁶¹, con il conseguente rilievo riconosciuto dalla Consulta alla giurisprudenza di Strasburgo e il “ridimensionamento del giudicato”⁶² interno (anche amministrativo o civile). Inoltre, degno di rilievo è l'invito ad intervenire in materia fatto dal giudice delle leggi al legislatore; l'auspicio è che esso venga colto⁶³. Intanto, però, non si può fare a meno di ribadire la complessità dell'attuale situazione, nella quale i giudici si trovano imbrigliati, nella difficoltà di risolvere i contrasti tra giudicato amministrativo ed europeo, in mancanza di un concreto aiuto della Consulta. L'opzione verso la quale quest'ultima si è orientata appare, infatti, in grado di creare più problemi di quanti ne intenda risolvere. Invero, non si può *a priori* escludere che il richiamo rivolto in questa occasione al legislatore possa essere propedeutico ad un intervento ben più incisivo in futuro, nell'ipotesi in cui resti inevaso; com'è stato opportunamente fatto notare da una sensibile dottrina,

anche attraverso la via dell'autotutela è affermato, da ultimo, anche F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 132.

⁵⁸ F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 133 s.

⁵⁹ C. PADULA, *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 174.

⁶⁰ Uno su tutti è quello relativo al caso *Grande Stevens* su cui, tra i molti altri, v. A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem n tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2014; F. PALMIERI, *Il divieto del bis in idem*, in P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*; G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, I, Bologna 2015, 1961 ss.; P. COSTANZO, *Le principe “non bis in idem”: concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne*, e P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in questa *Rivista, Studi*, rispettivamente, [2015/II](#), 556 ss. e [2015/III](#), 854 s.; R. BERNABAI, *Dialogo tra le Corti e giurisprudenze a confronto sulla controversa natura delle sanzioni amministrative*, e G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, entrambi in AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli 2016, rispettivamente 110 ss. e 275 ss.; F. BUONOMENNA, *Il diritto all'udienza pubblica (art. 6, par. 1, CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova 2016, 368 ss.; A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 506 ss.

⁶¹ Sul rilievo dell'art. 6 CEDU in ambito amministrativo, cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6*, cit., 569 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2014, 687 ss.; A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., spec. 484 ss.; L. ANTONINI, *CEDU e garanzie del giusto processo e giusto procedimento amministrativo*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 46 ss.

⁶² ... per usare le parole di S.L. VITALE, *op. et loc. ult. cit.*

⁶³ Traendo spunto dal precedente rappresentato dalla [sent. n. 238 del 2014](#), bisogna comunque precisare che una previsione normativa con la quale si introducesse un nuovo caso di revocazione al solo scopo di dare esecuzione ad una pronuncia della Corte EDU, senza precisare che i principi fondamentali costituiscono limiti invalicabili anche a quest'ultima (come peraltro la Consulta ha sempre affermato a partire dalle c.d. sentt. “gemelle” [nn. 348 e 349 del 2007](#)), potrebbe in teoria, un domani, seguire le sorti dell'art. 3 della l. n. 5 del 2013, sopra richiamato, ed essere dichiarata costituzionalmente illegittima.

infatti, la sentenza che qui si annota potrebbe forse essere paragonata alla [sent. n. 129 del 2008](#), che fu “antesignana” della [sent. n. 113 del 2011](#), qui più volte richiamata. In altre parole, al riguardo, “il legislatore [...] sembra avvisato che non saranno consentiti ulteriori rinvii”⁶⁴.

Occorre però anche rilevare che, sebbene non vi sia dubbio che la revocazione – come detto – sia lo strumento che meglio “si attagli [...] alle violazioni della CEDU idonee a provocare [...] l’esigenza di una nuova pronuncia giurisdizionale”, alcune violazioni non richiedono “un nuovo esame della fattispecie controversa da parte dell’organo giurisdizionale”⁶⁵; al riguardo, infatti, non è detto che ogni contrasto sia possibile (o, semplicemente, opportuno) risolverlo facendo ricorso alla revocazione, quale “unico rimedio”⁶⁶, fermo restando – lo si ribadisce – che la riapertura del processo costituisca, in linea di massima, il modo migliore per realizzare la *restitutio in integrum*⁶⁷. A ciò si aggiunga che “il giudicato amministrativo non può considerarsi un dato irreversibile ed immutabile della realtà giuridica, in virtù della sua naturale esposizione alla influenza di eventi sopravvenuti successivi alla emanazione della sentenza”⁶⁸; tuttavia, è stato fatto notare che “in linea di principio è pacifico che il giudicato resista allo *jus superveniens* non retroattivo e che rappresenti un sicuro limite anche alla retroattività propria delle leggi interpretative”⁶⁹. Anche a voler concordare con quanto da ultimo detto non è possibile sottovalutare che il principio in base al quale lo *jus superveniens* non sarebbe in grado di incidere sul giudicato amministrativo “è dettato nell’interesse del soggetto che ha ottenuto la pronuncia favorevole e che ha diritto di giovarsene: per tale ragione questo principio non può essere opposto al soggetto che è risultato soccombente sul piano interno ma che ha visto accolto il proprio ricorso a Strasburgo”⁷⁰.

Alla luce di quanto detto, allora, non dovrebbe affatto meravigliare che una decisione pronunciata a Strasburgo, che già di per sé richiede di essere portata ad esecuzione (*ex art. 46 CEDU*), possa essere in grado di colpire una precedente sentenza del giudice amministrativo, condizionandola fino al punto di svuotarla di effetti.

Prima di concludere, sembrano opportune talune osservazioni alla luce di una lettura congiunta della [sentt. nn. 123 del 2017](#) e [49 del 2015](#)⁷¹; senza voler scendere nel dettaglio, si possono offrire taluni spunti di riflessione in merito alle linee di continuità ed alle linee di discontinuità tra le pronunce ora richiamate (continuità e discontinuità che si rileva anche nel rapporto tra le [sentt. nn. 123](#) e [113](#))⁷².

Volendo confrontare la [sent. n. 123](#) e la [sent. n. 49](#) può dirsi che per un verso la prima, come detto, ha riconosciuto il rilievo della giurisprudenza di Strasburgo, potendo quest’ultima incidere sul giudicato interno, a fronte dell’atteggiamento “restrittivo” che nel 2015 aveva tenuto la Corte costituzionale; con la [sent. n. 49](#), infatti, com’è noto, la Consulta ha delimitato l’area entro la quale sussiste l’obbligo, in capo ai giudici comuni, di seguire l’interpretazione che della CEDU offre la

⁶⁴ R. CONTI, *L’esecuzione delle sentenze*, cit., 342.

⁶⁵ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 540 s. L’A. non manca di rilevare, infatti, che “l’eventuale estensione della revocazione” potrebbe accompagnarsi ad una “parallela estensione [...] delle pronunce suscettibili di ottemperanza”. V. anche F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 137, per il quale la revocazione è “l’unico mezzo per dare esecuzione al giudicato convenzionale e per raggiungere quello che sul versante europeo rimane un obbligo di risultato”; U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze*, cit., 56 ss.

⁶⁶ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, cit., 543.

⁶⁷ Cfr. S.L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU?*, cit., 1433.

⁶⁸ G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli 2017, 72.

⁶⁹ F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo*, cit., § 2. In argomento, cfr. U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Judicium*, 1/2017, 49 ss.

⁷⁰ F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 133.

⁷¹ Sul punto, v., ancora, R. CONTI, *L’esecuzione delle sentenze*, cit., 333 ss.

⁷² Se da un lato, la prima, conferma – come si è visto – la non assoluta intangibilità del giudicato interno a fronte di una pronuncia emessa a Strasburgo con il primo contrastante (sulla linea quindi della [sent. n. 113](#)), dall’altro, però, per i motivi che si sono illustrati, il giudice delle leggi appare più “prudente”, non spingendosi fino ad ammettere la revocazione (in ciò, quindi, discostandosi da quella “intraprendenza” che aveva portato la Consulta, nel 2011, ad ammettere un nuovo caso di revisione del giudicato penale).

Corte europea attraverso le sue decisioni, circoscrivendolo al solo caso in cui queste ultime siano espressive di un orientamento consolidato. Per altro verso, invece, il giudice delle leggi avrebbe potuto con la [sent. n. 123](#) riconoscere nelle [sentt. Mottola](#) e [Staibano](#) proprio un orientamento consolidato nell'interpretazione dell'art. 6 CEDU, come tale in grado di vincolare i giudici comuni. Se così si fosse orientata, la Corte costituzionale non avrebbe potuto semplicemente rimandare la q.l.c. al rimettente, attraverso la pronuncia di rigetto, ma avrebbe potuto (o forse dovuto) accogliere la questione.

La vicenda, infine, come si accennava poco sopra, si arricchisce di due ulteriori questioni di legittimità costituzionale⁷³. In particolare, come si diceva, nella pendenza del giudizio dinanzi la Corte costituzionale che ha poi portato alla [sent. n. 123 del 2017](#), la Sez. IV del Consiglio di Stato ha sollevato una seconda q.l.c. (con ord. n. 4765 del 2016) che ricalca, per ciò che a noi qui interessa, quella di cui si è finora discusso, non procedendo – come pure per certi versi sarebbe stato preferibile – alla c.d. “sospensione impropria” del processo amministrativo in attesa della decisione della Consulta⁷⁴. Sarebbe da chiedersi come mai quest'ultima non abbia riunito i giudizi, stante la sostanziale sovrapposibilità delle due questioni, ma questo è un altro discorso; piuttosto staremo adesso a vedere come il giudice delle leggi si pronuncerà. Se, da un lato, è difficile che la Corte, in così poco tempo, possa cambiare opinione in merito, dall'altro, le viene fornita su un piatto d'argento la possibilità di sbloccare la situazione che, come già detto, si è venuta a creare con la [sent. n. 123](#)⁷⁵. Chissà se il giudice delle leggi approfitterà di questa *chance*? Con buona probabilità, molti lo gradirebbero.

⁷³ Una questione, alla quale qui non si fa specifico riferimento, è quella avente ad oggetto l'art. 69, comma 7, del d. lgs. n. 165 del 2001, sollevata dalle Sezioni Unite della Cassazione civile con ord. n. 6891 del 2016; essa, come detto, tratta del difetto di giurisdizione che vizierebbe la norma censurata, rilevando quindi per un altro, non meno importante, profilo, rispetto a quello maggiormente indagato in questo studio.

⁷⁴ Infatti, come si legge nell'ordinanza, “la parte odierna ricorrente in revocazione ha fatto presente [...] di avere un espresso interesse a che venga sollevata nell'odierno giudizio la questione di costituzionalità già pendente giusta ordinanza n. 2/2015 resa dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato.

Ciò in quanto in ipotesi di c.d. ‘sospensione impropria’ resterebbe mutilato il proprio diritto a prendere parte al giudizio di costituzionalità investente le norme suddette”. Pertanto, “ritiene il Collegio che tale diritto di parte ricorrente in revocazione sia meritevole di protezione” (punti 3.4, 3.4.1 e 3.4.2).

⁷⁵ Cfr. R. CONTI, [L'esecuzione delle sentenze](#), cit., 343.

Andrea Lollo*
**Blasfemia, libertà di espressione
e tutela del sentimento religioso**

SOMMARIO: 1. *Inquadramento dei problemi giuridici connessi al tema della blasfemia.* – 2. *Libertà di espressione e tutela del sentimento religioso: un bilanciamento dis-eguale* – 3. *La blasfemia nel codice penale. Profili costituzionali sui delitti contro il sentimento religioso.* – 4. *Osservazioni conclusive: per un'abrogazione degli illeciti sulla blasfemia.*

1. *Inquadramento dei problemi giuridici connessi al tema della blasfemia*

I noti e drammatici episodi terroristici consumatisi a Parigi il 7 gennaio 2015 hanno risvegliato l'attenzione della riflessione giuridica attorno ad un problema teorico apparentemente *demodè*, qual è quello dei limiti alle manifestazioni di pensiero blasfeme recanti una potenzialità offensiva del sentimento religioso¹. Tale tema, dopo essere stato per lungo tempo affrontato dalla dottrina con il caleidoscopio delle relazioni tra la vocazione universale della libertà di espressione e la religione intesa come fattore identificativo della coscienza nazionale, si presta, più di recente, ad assumere nuove declinazioni, intersecando, in una società vieppiù multiculturale come la nostra, il problema del rispetto della libertà religiosa "altrui"². Ne discende, per quanto può interessare da una prospettiva costituzionalistica, la necessità di riflettere sui profili di legittimità costituzionale delle normative nazionali volte alla protezione del sentimento religioso.

Più in generale, il tema del rispetto della "dis-eguaglianza" in uno Stato costituzionale pare destinato a catturare sempre di più l'interesse della riflessione costituzionalistica³.

Com'è noto, a Parigi, un gruppo di terroristi ha tolto la vita ad alcuni membri del giornale satirico *Charlie Hebdo*, muovendo loro l'accusa di blasfemia, per avere questi ultimi "osato" irridere Maometto pubblicando alcune vignette irriverenti, fra le quali quella più nota ritraeva il "Profeta" con in testa una bomba a guisa di turbante. Molti musulmani considerano, infatti, le rappresentazioni di Maometto come una grave offesa alla propria religione, in forza di un divieto contenuto negli "Hadith", i racconti della vita del Profeta⁴. Prescindendo qui dall'entrare nel merito degli sviluppi della vicenda parigina, del resto abbondantemente analizzata dall'opinione mediatica seppure con punti di vista distonici, lo scopo di questo contributo è interrogarsi da una prospettiva giuridica, e segnatamente costituzionalistica, sui rapporti che intercorrono tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso, laddove la prima sfoci in espressioni blasfeme, tentando di capire se un controverso "diritto a non sentirsi offesi" dei credenti possa comprimere, e nel caso fino a quale soglia, il carattere universale della libertà di manifestazione del pensiero.

Come è stato, da ultimo, osservato, se è vero che la società pluralista può esigere dalle fedi di accettare l'irrisione, fosse anche greve, poiché «lo spazio pubblico è per definizione il luogo nel quale non può formarsi un diritto a non essere "offesi" come limite alla libertà di espressione», è pur vero che «lo stesso tipo di espressione ha un significato diverso se è enunciata da una maggioranza contro una minoranza o da una minoranza contro una maggioranza» e, ancora, «se è la voce del violento o

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ In argomento cfr., da ultimo e per tutti, AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà. Una discussione dopo le stragi di Parigi*, a cura di A. Melloni-F. Cadeddu-F. Meloni, Bologna, 2015.

² Tale riferimento – come potrà risultare meglio in seguito – non è casuale, essendo utilizzato dall'art. 10 della CEDU come limite alla libertà di espressione convenzionalmente garantita. La Corte EDU ha colto in tale riferimento un fondamento per individuare nel rispetto della libertà di religione un limite alla libera manifestazione del pensiero convenzionalmente garantita.

³ In argomento cfr. AA.VV., *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno (Campobasso, 19-20 giugno 2015), a cura di M. Della Morte, Napoli, 2016.

⁴ In argomento cfr., da ultimo, M. CAMPANINI, *I limiti di Dio: prescrizioni e (dis)obbedienza secondo il Corano*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit., 19 ss.; M. LEVANT, *Il mito dell'islamofobia. Uno sguardo storico sulla caricatura religiosa in Charlie Hebdo*, *ivi*, 147 ss.

la voce dell'inerme, se esprime il punto di vista dei perpetratori di un crimine o delle loro vittime, o dei discendenti degli uni e degli altri»⁵.

In realtà – per anticipare alcune delle conclusioni cui si cercherà di giungere al termine dello scritto –, sembra opinabile l'idea secondo cui la protezione dei sentimenti religiosi altrui possa dare fondamento ad un autentico diritto costituzionale a non sentirsi offeso nei propri sentimenti religiosi in ragione di condotte blasfeme.

Quale che sia il punto di vista accolto, si tratta di certo di un tema che rischia di assumere accenti viepiù “drammatici”, interessando anche il problema della sicurezza e dell'ordine pubblico – come dimostra proprio la vicenda parigina –, segnatamente nel momento in cui la questione è ambientata in un contesto nel quale la crisi di sicurezza tende a produrre effetti considerevoli sul diritto individuale a non subire indebite interferenze⁶. Appare del tutto condivisibile, dunque, la preoccupazione manifestata dalla più sensibile dottrina circa i rischi di una pericolosa deriva restrittiva nel grado di effettività dei diritti fondamentali, e principalmente della libertà di espressione, in un momento storico in cui la minaccia del fondamentalismo islamico rischia di instaurare pericolose relazioni tra la tutela della sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali⁷.

Martha C. Nussbaum ha scritto pagine intense sugli effetti che la paura può ingenerare nelle persone nel creare «*in-groups*», mettendo in luce come tale emozione irrazionale, facendo appello ad un senso ancestrale di difesa da ciò che è ignoto, sia in grado di generare forme di intolleranza e disgusto, anche politico, nei confronti del “diverso”⁸.

Inserire le esigenze di tutela della sicurezza in un discorso di bilanciamento tra libertà religiosa e libertà di espressione potrebbe incidere sulle restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero, sulla base della «paura contingente e della percezione del rischio»⁹. Appare quanto mai opportuno, pertanto, interrogarsi, da un lato, sulle coordinate minime della protezione dell'altrui religiosità e, dall'altro, su quali siano i limiti invalicabili della libertà di espressione, tali da scongiurare ogni possibile arretramento con riguardo all'affermazione dei principi di convivenza civile e di laicità, che costituiscono una pietra angolare del nostro «patrimonio costituzionale comune»¹⁰.

Il proposito, all'evidenza assai ambizioso nei termini che precedono, di riflettere sui limiti alla blasfemia in una democrazia costituzionale che rinviene nella libera manifestazione del pensiero uno dei capisaldi irrinunciabili, si complica a dismisura in forza di un'evidente cifra di ambiguità semantica racchiusa nell'espressione «blasfemia». Per i terroristi di Parigi l'atto blasfemo consisteva nella mera raffigurazione del “Profeta”, ma – si potrebbe sostenere più in generale – qualunque condotta dai toni dissacranti una religione o un esponente della stessa potrebbe risultare ad un credente come tale. In questo senso potrebbe essere considerata anche una condotta non volutamente irriverente, ma che sia, per così dire, “oggettivamente” blasfema. E persino la convinta (ma non irriverente) negazione dell'esistenza del divino da parte di un non credente potrebbe, in certi casi,

⁵ A. MELLONI, *Responsorium*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit., XI.

⁶ Cfr. S. PANIZZA, *Alcune riflessioni preliminari sul tema della libertà di espressione in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, in AA.VV., *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. Dal Canto-P. Consorti-S. Panizza, Pisa, 2016, 10.

⁷ Cfr. L. VENTURA, *Diritto e “fatti”*, in ID., *Costituzione e società. Scritti sul ruolo e sull'effettività della Carta repubblicana*, Soveria Mannelli, 2016, 27 ss.; in argomento, da ultimo, cfr. anche M. MANETTI, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in AA.VV., *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi*, cit., 15 ss.; V. PUPO, *La democrazia intollerante. Quanta libertà si può limitare in difesa della libertà?*, paper.

⁸ M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, 2008, 9 ss.

⁹ Cfr. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 36.

¹⁰ *Ibidem*, con un chiaro riferimento a A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002. In argomento cfr., da ultimo, A. DE PETRIS, *Libertà di religione e limiti alla tutela del pluralismo culturale. La Leitkultur nella Germania multiculturale*, paper; A. MARTINES, *Costituzione e costituzionalismo in Tunisia. Riflessione sulle libertà fondamentali, tra previsioni costituzionali e criticità applicative*, in paper; S. PENNICINO-G. SCALA, *Si può ridere del sentimento religioso? Canada e India*, paper; G. POGGESCHI, *Ridere e deridere. La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive*, paper.

suonare ad un credente come atto blasfemo. Così come, addirittura, alcune pratiche religiose, o anche semplicemente alcune pratiche comuni ad una certa cultura, potrebbero essere considerate offensive dai fedeli di un'altra religione. Ad esempio, macellare un bovino sarebbe considerato un atto gravemente offensivo per una religione, come quella induista, secondo la quale accudire e venerare tali animali è un mezzo per raggiungere la beatitudine. E che dire, ancora, di alcuni movimenti religiosi "parodistici", che, invocando l'esercizio della libertà religiosa costituzionalmente garantita, irrondono i dogmi delle dottrine religiose di maggioranza?

Frequenti sono state nel panorama comparato le accuse di blasfemia portate dinanzi a giudici nazionali e sovranazionali. Giusto per ricordare qualche caso più recente, si pensi a quello che ha catturato l'opinione mediatica spagnola di una donna condannata dal Tribunale penale di Madrid a pagare una multa di 4.320 euro per il delitto di "*escarnio publico*", per essersi denudata in una cappella universitaria, urlando *slogan* contro la chiesa cattolica, al fine di rivendicare una maggiore libertà sessuale per le persone omosessuali. Ricca di esempi di atti blasfemi è poi la letteratura cinematografica, soprattutto quella dei cartoni animati a carattere satirico provenienti dagli Stati Uniti d'America, come i Simpson, i Griffin e *South Park*, ove la sfera religiosa è sovente denigrata e irrisa in modo più o meno greve¹¹. Per non parlare delle numerosissime caricature di divinità e ministri di culto che impazzano in rete, e che, nella maggior parte dei casi, sono per giunta anonime.

Prima ancora di entrare nel vivo di un ragionamento che investa i limiti costituzionali alla blasfemia, pare, pertanto, opportuno ragionare sinteticamente attorno alla portata semantica che è in grado di vantare, in una dimensione giuridica, un'espressione connotata da siffatta ambiguità. Tale sforzo potrà consentire di chiedersi se, ancorché potenzialmente lesiva del sentimento religioso, la blasfemia possa avere o meno un fondamento costituzionale e, se del caso, in quali parametri.

Il Vocabolario della lingua italiana «Devoto-Oli» definisce come blasfemo ogni comportamento «che offende le divinità». In senso parzialmente analogo si esprimono anche gli altri principali dizionari della lingua italiana. Il «Garzanti» definisce blasfemo «chi offende con parole o atti ciò che per altri è divino o sacro», mentre il dizionario «Treccani» definisce blasfemo colui «che offende la divinità». Il «rapporto su blasfemia e istigazione all'odio» della Commissione di Venezia del 2007, al punto 24, prende atto della circostanza che non esiste un'unica definizione di blasfemia e, a comprova di ciò, elenca diverse definizioni, tutte teoricamente valide¹².

Pur nelle loro sottili sfumature, si può provare a circoscrivere ad un minimo comune denominatore il senso di tali definizioni, che sembra assestarsi attorno al concetto di «offesa» ad una divinità, o a ciò che da una certa religione è considerato sacro. Tale definizione appare abbastanza fedele alla radice etimologica del lemma, che proviene dal latino «*blasphemia*», già derivato dal greco «*βλασφημία*», composto dal verbo «*βλάπτειν*», che significa «ingiuriare», e dal sostantivo «*φήμη/φάμα*», che vuol dire «reputazione».

Non apparendo necessario dilungarsi ulteriormente su tale problema ai fini di quanto qui interessa, si può concludere che il significato giuridico dell'espressione blasfemia possa essere circoscritto all'«ingiuria della reputazione», e, cioè, alla «diffamazione» della divinità o del sacro. Appare, allora,

¹¹ In argomento cfr., da ultimo, F. RUOZZI, *Piccolo manuale di blasfemia audiovisiva. Dal Mistero Buffo televisivo a South Park*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit., 93 ss.; già D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte vs. libertà religiosa. Il caso della censura cinematografica*, in AA.VV., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita-D. Loprieno, Firenze, 2009, 109 ss.

¹² L'organo consultivo del Consiglio d'Europa ricorda, più precisamente, che il dizionario Merriam Webster definisce la blasfemia come «1 – l'insulto, il disprezzo o la mancanza di rispetto verso un Dio; 2 – l'atto di rivendicare gli attributi della divinità; 3 – la mancanza di rispetto verso ciò che è considerato come sacro o inviolabile». Ricorda ancora che il Rapporto della Commissione per la cultura, la scienza e l'educazione, intitolato «blasfemia, insulti religiosi e incitazione all'odio contro le persone a causa della loro religione», definisce la blasfemia come il «reato che costituisce l'insulto, il disprezzo o la mancanza di rispetto verso un Dio e, per estensione, verso tutto ciò che è considerato sacro». Osserva, infine, che la Commissione irlandese per le riforme legislative ha suggerito di formulare la definizione ufficiale di blasfemia come «qualsiasi atto o parola che risulta oltraggiosa per un numero considerevole di fedeli per il fatto di prendere di mira una o più questioni considerate sacre dalla loro religione»: cfr. U. ADAMO, *Libertà di espressione e tutela dei sentimenti religiosi in Spagna e diverse opzioni in materia di alcuni Stati latinoamericani*, paper, 4.

evidente che, in una dimensione giuridica, l'interesse posto dalla blasfemia interseca – come si diceva sopra – il rapporto tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso. Ed è nell'analisi di tale legame che probabilmente va ricercata la risposta agli interrogativi posti in questo scritto.

2. Libertà di espressione e tutela del sentimento religioso: un bilanciamento dis-eguale

Affinché si possa autenticamente discorrere in senso giuridico di blasfemia, occorre che l'espressione si connoti dell'elemento psicologico del dolo, almeno nella forma generica, ovvero della *voluntas* di offendere la religione. Solo in tal caso il pensiero liberamente espresso è in grado di assumere una valenza di biasimo nei confronti del sentimento religioso.

La giurisprudenza di merito che si è confrontata con le fattispecie del codice penale che tipizzano i delitti di vilipendio della religione ha avuto modo di osservare che, ai fini della sussistenza dell'elemento psicologico, rileva, non tanto la genuinità dello stato d'animo esternato, quanto «la consapevolezza nell'autore del significato che la sua condotta assume e del modo in cui la stessa è destinata ad essere percepita, avuto riguardo alle concrete circostanze in cui si svolge»¹³.

Ma se così è, il problema dei limiti alla blasfemia si complica oltremodo nel caso in cui l'espressione vilipendiosa, lungi dall'aver uno scopo unicamente dissacrante, venga ad assumere toni satirici e di denuncia sociale. La satira è, infatti, normalmente animata dal «rifiuto della logica della convenzione», dalla «ribellione alla morale contingente che distingue in modo manicheo tra bene e male, tra autorità e libertà». Essa «è il gusto di scompaginare le regole del sentire comune che alimenta e stabilizza il potere; è la volontà di dissacrare il monumento intoccabile della sacra tradizione»¹⁴.

La dottrina che si è occupata dei limiti alle espressioni potenzialmente offensive del sentimento religioso ha, in maniera pressoché unanime, ambientato la questione nel contesto del bilanciamento tra beni di rango costituzionale parimenti fondamentali: da un lato, la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) – o la libertà della scienza e dell'arte nel caso di rappresentazioni artistiche o scientifiche (art. 33 Cost.) – e, dall'altro, la libertà di religione (art. 19 Cost.), nel suo corollario della protezione del sentimento religioso¹⁵.

Prima di mettere a fuoco la questione della riconducibilità o meno all'art. 21 Cost. delle manifestazioni di pensiero irriverenti – e finanche vilipendiose –, giova premettere come la riflessione teorica tenda, comunemente, a ricondurre nell'alveo degli artt. 2 e 19 Cost. – libertà di coscienza e religione – la tutela del sentimento religioso, conferendo così a tale ultimo principio un aggancio costituzionale di rango fondamentale, che gli consentirebbe di entrare in bilanciamento con la libertà di espressione¹⁶. Il vilipendio rivolto al contenuto di una fede religiosa si tradurrebbe facilmente in offesa ai credenti di quella stessa fede, «assumendo il significato di una lesione della loro libertà religiosa»¹⁷, che non si esaurirebbe nella libertà di professarla, richiedendo «anche la sottrazione ad

¹³ Tribunale pen. di Latina, sent. n. 1725/2006.

¹⁴ Corte Cass., sez. V pen., sent. n. 13563/1998. Per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza sui limiti della satira cfr., da ultimo, V. VALENTI, *Il diritto di satira e la tutela del sentimento religioso. Storie di un bilanciamento*, in Federalismi.it, 19/2016.

¹⁵ Cfr., per tutti, N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 2008, 1 ss.; da ultimo, G. CAROBENE, *Satira, tutela del sentimento religioso e libertà di espressione. Una sfida per le moderne democrazie*, in *CALUMET – Intercultural law and humanities review*, 2016, 1 ss.; ID., *Diritti fondamentali e fondamentalismi: satira e simboli religiosi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 5 ottobre 2016. Più in generale, sui rapporti tra libertà di espressione e libertà di religione, cfr., da ultimo, AA.VV., *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, cit.; cfr., inoltre, P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1974, 425 ss.; C. SALAZAR, *I «destini incrociati» della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2008, 67 ss.; F. ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, 2011; AA.VV., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, cit.

¹⁶ Cfr., fra gli altri, N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, cit., 1 ss.

¹⁷ P. CAVANA, *Sentimento religioso (tutela penale del)*, in *Enc. giur.*, XVIII, agg., 2002, 14.

offese che potrebbero turbarla e tali, se fossero ripetute e potenziate col favore dell'immunità, da condurre alcuni ad abbandonarla»¹⁸. Pertanto, la soppressione della tutela penale del sentimento religioso opererebbe come «uno strumento di forzata secolarizzazione della coscienza sociale, discriminando i credenti nella loro pari dignità sociale»¹⁹. Analogamente, la Corte costituzionale ha invocato a fondamento delle norme penali poste a presidio del sentimento religioso le disposizioni sulla libertà di coscienza e religione di cui agli artt. 2 e 19 della Carta²⁰, consentendo così, almeno indirettamente, di inferire dal testo costituzionale una sorta di diritto del credente a non sentirsi offeso nella propria *Weltanschauung* religiosa.

Ne discende che nel rapporto tra libertà di espressione e libertà di coscienza e religione sembrerebbe doversi ricercare il limite alla blasfemia. In particolare, sarebbe logico considerare illecite tutte le espressioni di pensiero che travalichino la soglia di tollerabilità costituzionalmente consentita ad una compressione del sentimento religioso. Il bilanciamento riguarderebbe, in definitiva, due beni destinati a una «convivenza mite, senza sopraffazioni dell'uno rispetto all'altro», com'è necessario che avvenga «in una società in cui devono convivere fedi, culture e tradizioni diverse»²¹.

Benché entrambe germinate dallo stesso tronco del movimento culturale, volto alla «liberazione dalla tirannia di una pesante censura politico-ecclesiastica, che la società inglese si scrollò di dosso definitivamente alla fine del secolo XVII»²², sembrerebbe, allora, che libertà di manifestazione del pensiero e libertà di religione siano destinate ad instaurare, nella società contemporanea, una serie di «relazioni pericolose»²³.

Altro è il problema degli esiti di un simile bilanciamento, destinato per sua natura a risentire della gerarchia di valori privilegiata dall'interprete e, prima ancora, dall'ordinamento nel suo complesso²⁴. E così, per alcuni, che si professano sostenitori di una sorta di «tradizionalismo religioso», il sentimento religioso, quale elemento identitario di una specifica comunità, giustificherebbe anche rilevanti restrizioni alla libertà di espressione altrui. Ciò poiché, a parere di tale dottrina, un pensiero forte come quello religioso, che per il fatto di annunciarla pretende di possedere la verità rivendicando una «sovranità progettuale e salvifica nei confronti delle prassi individuali, sociali, politiche», difficilmente tollera forme di comunicazione, come in particolare la satira, che veicolano un pensiero «debole»²⁵. Per altri, invece, che estremizzano una prospettiva «laica», abbracciando un'impostazione *liberal* in forza di un «secolarismo fondamentalista», non sarebbe ammessa limitazione alcuna alla libertà di espressione per proteggere una qualsiasi religione o tradizione religiosa²⁶.

¹⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1101.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. [Corte cost., sentt. nn. 14/1973; 925/1988; 329/1997](#).

²¹ N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, cit., 3.

²² Cfr. C. SALAZAR, *Le "relazioni pericolose" tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 2008, 1, nel riprendere P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 425.

²³ C. SALAZAR, *Le "relazioni pericolose"*, cit.

²⁴ Sul punto, nell'ampia bibliografia, cfr., almeno, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 4/1991, 639 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; M. AINIS, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, in AA.VV., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Pizzorusso-R. Romboli-A. Ruggeri-A. Saitta-G. Silvestri, Milano, 2005, 27 ss.; A. MORRONE, *Voce Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali 2007, Milano, 2008, 185 ss.

²⁵ N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, cit., 1. In realtà, il pensiero espresso dalla satira, tradizionalmente, è tutt'altro che debole, trattandosi di un pensiero che parte da forti convinzioni morali, per tradursi in condanne senza appello.

²⁶ Cfr. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui*, cit., 2, che riprende J. HABERMAS, *Zwischen Naturalismus and Religion*, Frankfurt am Main 2008 (tr. ing., *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*, Cambridge, 2008).

La Corte costituzionale ha avuto modo di ricondurre nell'alveo dell'art. 19 Cost. il principio della protezione del sentimento religioso²⁷, connotandolo come un «corollario del diritto costituzionale di libertà di religione», precisando che tale principio deve «abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria, indipendentemente dai contenuti di fede delle diverse confessioni»²⁸. Per il Giudice delle leggi, l'offesa al sentimento religioso «inciderebbe sulla pari dignità della persona e si porrebbe in contrasto col principio costituzionale della laicità o non confessionarietà dello Stato»²⁹.

Il problema sembra, in realtà, legato alla garanzia che uno Stato costituzionale deve offrire alla base di una convivenza pacifica tra le diverse culture che ne innervano il tessuto sociale, allo scopo di evitare un'implosione del sistema liberale, molto più che a quello della tutela di una religione in particolare³⁰.

Sulla stessa scia si colloca la quasi unanime giurisprudenza di legittimità e di merito, nonché quella della Corte europea dei diritti umani. Rinviando ai contributi della dottrina che hanno analizzato più da vicino la giurisprudenza CEDU sui rapporti tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso³¹, giova solo ricordare come la Corte europea dei diritti umani abbia a sua volta ricondotto la questione al livello dei limiti alla libertà di espressione, che il secondo paragrafo dell'art. 10 della Convenzione individua, tra gli altri, nel rispetto dei «*diritti altrui*». L'elenco contenuto nell'art. 10 della CEDU, benché da considerarsi teoricamente alla stregua di un *numerus clausus*, non ha, tuttavia, impedito alla Corte di Strasburgo di ampliare il ventaglio delle ipotesi potenzialmente restrittive della libertà di espressione, secondo la logica del *case by case*³². Fra tali limiti, un ruolo di assoluta preminenza è occupato dal rispetto della libertà di religione, che la Corte EDU ha potuto agevolmente inferire dal riferimento ai «*diritti altrui*», ivi contenuto.

Fatta eccezione per qualche *dissenting opinion*, tendente ad escludere che l'art. 9 della CEDU consacri anche il diritto alla protezione dei sentimenti religiosi, la Corte EDU, dalla decisione sul caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, del 24 dicembre 1994, in poi, è costante nell'affermare una sorta di sovraprotezione della libertà religiosa altrui rispetto alla libertà di espressione, pur rimettendo la decisione circa il bilanciamento tra tali principi in capo al margine di apprezzamento statale³³.

Tornando alla giurisprudenza nazionale, si può osservare che la [sentenza n. 188 del 1975](#) della Corte costituzionale rappresenta senza dubbio una chiave di volta nell'impostazione del problema dei limiti costituzionali alle manifestazioni di pensiero vilipendiose in ambito religioso. Tale pronuncia pare orientare in modo decisivo tutto il filone sui delitti contro il sentimento religioso, rappresentando, insieme alla [sentenza n. 329 del 1997](#), quasi un «punto di non ritorno» nella tutela penale di tale principio³⁴. Da quel momento in poi inizia a diffondersi in dottrina l'idea della «necessità» di una qualche forma di tutela penale del sentimento religioso, giacché «una sua totale espunzione

²⁷ Per una sinossi della giurisprudenza costituzionale sulla tutela del sentimento religioso cfr., per tutti, più di recente, P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 229 ss.

²⁸ [Corte cost., sent. n. 329/1997](#), punto 2 del *Cons. in dir.*; ma già implicitamente [Corte cost., sent. n. 188/1975](#).

²⁹ [Corte cost., sent. n. 329/1997](#), punto 2 del *Cons. in dir.*

³⁰ Cfr. G. CAROBENE, *Tutela del sentimento religioso*, cit., 3.

³¹ Da ultimo, cfr. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui*, cit.; U. ADAMO, *La tutela penale del sentimento religioso nell'ordinamento costituzionale spagnolo. Profili costituzionalistici*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9/2017, 85 ss.; ID., *Libertà di espressione e tutela dei sentimenti religiosi in Spagna e diverse opzioni in materia di alcuni Stati latinoamericani*, cit., 14 ss.

³² Cfr. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui*, cit., 10 ss.; *amplius*, fra gli altri, F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1967; C. MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, in AA.VV., *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, a cura di S. Ferrari-T. Scovazzi, Padova, 1988, 62 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Art. 9. Libertà di pensiero, coscienza e religione*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 370 ss.

³³ Cfr. U. ADAMO, *Libertà di espressione e tutela dei sentimenti religiosi*, cit., 14 ss.

³⁴ Cfr. A.G. CHIZZONITI, *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*, in [OLIR](#), 2005, 6.

dall'ordinamento giuridico sembrerebbe porsi in contrasto con gli obblighi di difesa del diritto di libertà religiosa di cui questa tutela deve essere considerata un'appendice»³⁵.

Chiamata a pronunciarsi sulla conformità costituzionale dell'art. 403 c.p. nel testo *ante* novella («offesa alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone») con riguardo, in particolare, all'art. 21 Cost., il Giudice delle leggi ha imboccato la strada del bilanciamento tra principi fondamentali, escludendo il contrasto con la Carta proprio in forza del fondamento costituzionale attribuito al sentimento religioso. Tale principio, che «vive nell'intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune», per la Corte, deve essere considerato tra i beni costituzionalmente rilevanti, «come risulta coordinando gli artt. 2, 8 e 19 Cost., ed è indirettamente confermato anche dal primo comma dell'art. 3 e dall'art. 20»³⁶.

La conseguenza è che il vilipendio di una religione, «tanto più se posto in essere attraverso il vilipendio di coloro che la professano o di un ministro del culto rispettivo», può legittimamente limitare l'ambito di operatività dell'art. 21, allorché «la figura della condotta vilipendiosa sia circoscritta entro i giusti confini, segnati, per un verso, dallo stesso significato etimologico della parola (che vuol dire “tenere a vile”, e quindi additare al pubblico disprezzo o dileggio), e per altro verso, dalla esigenza [...] di rendere compatibile la tutela penale accordata al bene protetto dalla norma in questione con la più ampia libertà di manifestazione del proprio pensiero in materia religiosa, con specifico riferimento alla quale non a caso l'art. 19 anticipa, in termini quanto mai espliciti, il più generale principio dell'art. 21»³⁷.

Si staglia in tale passaggio una dicotomia destinata a costituire un punto fermo nella successiva giurisprudenza di legittimità: quella tra “critica razionale” e “vilipendio gratuito”. La prima consentita, il secondo punito penalmente. Ma tale distinzione, per chi scrive – come si cercherà di sostenere a breve –, pone qualche dubbio di legittimità costituzionale con riguardo al principio di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost., in relazione alla vocazione universale della libertà di espressione. La critica razionale si distingue, per la Corte, dal vilipendio in ragione del fatto che quest'ultimo «non si confonde né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano». Costituiscono, infatti, vilipendio, e sono, pertanto, escluse dalla garanzia dell'art. 21 e dell'art. 19 Cost. «la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a se stessa», che rappresenta ad un tempo «ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato»³⁸.

Senonché, come si cercherà di argomentare a breve, di dubbia persuasività appare sia l'aggancio normativo costituzionale conferito dalla Corte alla protezione del sentimento religioso quale limite alla libertà di manifestazione del pensiero, tratto indirettamente dagli artt. 2, 3, 8, 19 e 20 Cost., sia la distinzione, ai fini del penalmente rilevante, tra critica razionale e vilipendio gratuito.

In particolare, la tesi che considera il sentimento religioso come un limite alla manifestazione del pensiero genera più di un dubbio nella parte in cui ha l'effetto di elevare al livello costituzionale un limite che sembra avere un fondamento (non costituzionale, ma semmai) legale. Appare, infatti, debole l'aggancio normativo del sentimento religioso alla libertà di coscienza e religione, da cui potersi evincere un diritto del credente a non sentirsi offeso nelle proprie convinzioni religiose.

Come è stato osservato, la sopravvivenza della categoria del sentimento religioso, «una volta interrotto il collegamento con la tutela dell'unità morale della nazione e con quella delle tradizioni consolidate del popolo italiano, è divenuta difficilmente sostenibile, benché alcuni la ripropongano

³⁵ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

³⁶ [Corte cost., sent. n. 188/1975](#), punto 4 del *Cons. in dir.*

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

come necessario supporto all'autonomia delle confessioni religiose o come protezione di un'esperienza innata dell'uomo»³⁹.

Sembra auspicabile, peraltro, un ripensamento della tesi, in passato sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁰, volta a negare la dignità di «vero pensiero»⁴¹ al pensiero “incolto”, che rappresenta, comunque, un corollario della libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., che può essere, a seconda dei casi, limitata da altri principi costituzionali.

Come scriveva Carlo Esposito, non esiste pensiero che possa *a priori* qualificarsi come non meritevole di tutela. L'art. 21 Cost. riconosce un diritto del singolo in quanto tale anche per «l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali»⁴², capace di produrre e manifestare idee e convinzioni a prescindere dalle modalità argomentative.

Diversamente, dovrebbe concludersi che la Carta tuteli unicamente le espressioni di pensiero colte, pure e distaccate, dimenticando che anche le espressioni grossolane, volgari ed emotive sono rappresentazioni del pensiero, specie quando abbiano, come nel caso della satira, un preciso significato critico. La distinzione tra critica razionale e vilipendio immotivato rischia, dunque, di essere servente all'effetto di «limitare la discussione e la critica alle ristrette e non pericolose élites culturalmente preparate, impedendo la partecipazione delle masse popolari», segnatamente in una materia, come quella religiosa, nella quale «l'arazionale è principio e fine di ogni argomentare»⁴³.

Quanto detto sopra non intende, ovviamente, perseguire l'obiettivo di equiparare in significati e funzioni la congerie delle rappresentazioni del pensiero umano. Anzi, uno degli aspetti più interessanti che emerge dalla complessiva giurisprudenza nazionale e convenzionale è la «protezione della libertà di espressione secondo cerchi concentrici»⁴⁴. Il che non implica che alcuni tipi di comunicazione, espressione o manifestazione del pensiero, sia essa di natura politica, sindacale, economica, artistica e finanche commerciale, debbano di necessità essere esclusa dal paradigma della libera manifestazione. Sarebbe sufficiente, per rinfrancare tale assunto, soffermarsi sulla diversa “teoria dei limiti” tracciata dalla Corte di Cassazione con riguardo alla satira rispetto alla critica e alla cronaca. E, infatti, proprio il genere satirico, attraverso il quale «si critica la vita sociale, la politica, la religione, la morale comune, utilizzando il paradosso e così seminando dubbi, smascherando ipocrisie, attaccando i pregiudizi e mettendo in discussione le convinzioni consolidate», rischia di generare non poche frizioni con la tutela del sentimento religioso. Proprio per la natura metaforica che la contraddistingue, la satira soggiace ad un più ampio raggio di azione rispetto alla critica, con gli unici limiti di non attribuire cose o fatti non veri e di non giungere sino al limite del disprezzo della persona⁴⁵.

La questione dei limiti alla blasfemia pare destinata ad assumere toni vieppiù cruciali in società sempre più esposte al rischio di clamorosi “scontri di civiltà”, come sono divenute ormai quelle occidentali, stante il pericolo di mettere a repentaglio la genuinità dei meccanismi democratici e di puntare al cuore delle declinazioni della forma di Stato e del rapporto tra autorità e libertà, nonché tra eguaglianza, libertà e solidarietà. Non solo una questione di *bilanciamento* fra diritti ed interessi, dunque, ma una ben più delicata questione di sopravvivenza delle comunità democratiche. Basti solo ricordare come l'accusa di blasfemia abbia assunto un carattere servente all'affermazione delle forme di Stato succedutesi nel corso della storia europea, segnatamente durante il periodo delle “guerre di religione”, con la contrapposizione tra cattolici e protestanti, e come, più di recente, nel corso della dittatura fascista, si sia piegata alla costruzione di quello scellerato sistema politico proprio la

³⁹ A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2006, 269 s.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., [sent. n. 29/1965](#).

⁴¹ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Art. 19*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole-R. Bin, Milano, 2008, 152.

⁴² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 8.

⁴³ F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1975, 3167.

⁴⁴ Da ultimo, cfr. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui*, cit., 9 ss.

⁴⁵ Cfr. Corte di Cass., sez. V pen., sent. n. 13563/1998.

disciplina sui delitti contro il sentimento religioso⁴⁶. Non si dimentichi, infine, come in alcune parti del globo, segnatamente nei luoghi in cui la *Sharia* è legge dello Stato, la blasfemia continua ad essere punita addirittura con la pena capitale⁴⁷.

Si fa fatica a rinvenire nel tessuto costituzionale un fondamento al diritto del credente a non sentirsi offeso, quale corollario della protezione del sentimento religioso, in grado di imporsi come limite al diritto fondamentale di manifestazione del pensiero. Né, d'altra parte, pare che un'espressione vilipendiosa, per quanto sicuramente sgradevole, rivesta in sé una potenzialità lesiva della libertà di religione, nella dimensione interna ed esterna positivizzata dall'art. 19 della Carta fondamentale. O, per lo meno, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale che sostengono il contrario non paiono avere, fino ad ora, adeguatamente dimostrato tale assunto. Alla «gravità» dell'affermazione per cui la libertà di religione copre il diritto a non sentirsi offeso nelle proprie credenze non pare corrispondere una «esauriente motivazione» da parte della stessa giurisprudenza costituzionale, la quale si «limita a richiamare tutti gli articoli della Costituzione direttamente o indirettamente attinenti la materia religiosa, senza preoccuparsi di spiegare in qual modo da essi sia deducibile interpretativamente l'affermato principio»⁴⁸.

In definitiva, ciò che, in una logica di stretto diritto costituzionale, convince di meno nella visione tradizionale che considera il vilipendio gratuito come il punto di non ritorno nel bilanciamento tra libertà di espressione e libertà di religione, è proprio la ricostruzione nei sensi del bilanciamento tra tali diritti. Nonostante l'aggancio normativo – invero assai flebile – rinvenuto dalla Corte costituzionale, il sentimento religioso non sembra assurgere a valore positivamente protetto dalla Costituzione. O, comunque, non pare esistere un fondamento costituzionale in grado di far prevalere la tutela del sentimento religioso sulla libertà di manifestazione del pensiero⁴⁹.

Se quanto detto sopra è vero, si deve ritenere che, in generale, il sentimento religioso non possa costituire un limite costituzionale alla blasfemia, a meno che, in circostanze eccezionali, non vengano in rilievo altri beni costituzionali legati al sentimento religioso, che, tuttavia, acquistino una posizione prevalente su quest'ultimo e tali beni non risultino idonei a costituire i contraltari di un bilanciamento con la stessa libertà di espressione. Si fa riferimento, in particolare, alle esigenze di tutela della sicurezza, che, in situazioni emergenziali e sempre nel rispetto del canone della ragionevolezza, potrebbero giustificare misure restrittive di alcune forme espressive dal carattere blasfemo.

Verosimilmente, la dottrina e la giurisprudenza che impostano la questione nei termini del bilanciamento tra interessi di rango costituzionale giungono a tale conclusione valorizzando la dimensione “passiva” della libertà di religione, accostando, cioè, alle tipiche forme costituzionali dell'art. 19 Cost. (professare, propagandare ed esercitare il culto) un'atipica gemmazione della stessa libertà religiosa, da cui scaturirebbe un diritto a non sentirsi offesi. Sennonché, anche volendo tacere dei profili di indeterminatezza di un tale bene (qual è la soglia oltre la quale un'azione blasfema offende la religione? Chi ha diritto a non sentirsi offeso?), convince poco la tesi che considera la blasfemia come una manifestazione potenzialmente lesiva della libertà religiosa, in quanto il sentimento religioso sembra esulare dal contesto dell'art. 19 Cost. Di contro, la libera manifestazione del pensiero, quale «libertà di esprimere le proprie idee e di divulgarle ad un numero indeterminato di destinatari», rappresenta senz'altro una pietra angolare del costituzionalismo moderno e, segnatamente, della forma di Stato democratica, giacché la circolazione delle idee costituisce un presupposto indispensabile della democrazia⁵⁰. La democraticità di un ordinamento è, infatti, «direttamente proporzionale al grado in cui la libera manifestazione del pensiero viene riconosciuta e in concreto attuata»⁵¹.

⁴⁶ Cfr. G. CAROBENE, *Satira, tutela del sentimento religioso*, cit., 5 s.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 3167 s.

⁴⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, *È legittima l'incriminazione della bestemmia?*, in *Giur. cost.*, 1973, 78 ss.; P.F. GROSSI, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale del sentimento religioso*, in *Giur. cost.*, 1974, 1528 ss.

⁵⁰ Cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, 575.

⁵¹ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIII ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2013, 581 (*corsivo aggiunto*).

La libertà di espressione, pertanto, sebbene – alla stregua di ogni altro diritto fondamentale – non rappresenti una situazione soggettiva che può specificarsi come diritto personale assoluto, può rinvenire dei limiti costituzionali nel buon costume (limite esplicito) e nel rispetto di altri diritti e principi parimenti fondamentali tutelati dalla Carta (limite implicito) che, segnatamente in situazioni emergenziali, potrebbero costituire i contraltari di un bilanciamento con la libertà di espressione.

3. *La blasfemia nel codice penale. Profili costituzionali sui delitti contro il sentimento religioso*

La casistica che si è più di recente sviluppata attorno alla fattispecie di cui all'art. 403 c.p. – «offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone» – pare costituire un interessante banco di prova per inferire alcune linee di indirizzo con riguardo al rilievo che la blasfemia, nella forma del vilipendio verso la religione, derivante dall'insulto o dalla mancanza di rispetto verso una divinità o per ciò che è considerato sacro da una certa religione, è in grado di occupare nel nostro ordinamento giuridico, nonché per sviluppare alcune riflessioni critiche al riguardo.

Nel 2006, il Tribunale penale di Latina ha assolto dall'accusa di vilipendio della religione cattolica, ex art. 403 c.p., un imputato che aveva raffigurato, con alcune vignette apparse sul *web*, il Papa e altri ministri di culto cattolico nell'atto di compiere o subire atti sessuali. In quella circostanza il giudicante ha applicato l'esimente dell'esercizio del diritto di satira di cui all'art. 51 c.p., considerando le vignette un modo di manifestazione del pensiero, la cui presunta natura vilipendiosa non le rende, per ciò solo, illecite. Esse sono garantite dall'art. 21, comma 1, Cost., trattandosi di rappresentazioni satiriche volte a criticare, anche in modo dissacrante, la posizione assunta dalle gerarchie ecclesiastiche nei confronti dell'omosessualità e, più in generale, del desiderio sessuale. Non, dunque, offesa del sentimento religioso, «inteso come l'insieme dei valori etico-spirituali qualificanti la confessione», ma critica, attraverso la satira, della posizione della Chiesa-istituzione nei confronti dell'omosessualità e della sessualità⁵².

Più di recente, la Corte di Cassazione, sezione III penale⁵³, ha confermato la condanna inflitta dalla Corte d'Appello di Milano, per vilipendio della religione cattolica ai sensi dell'art. 403 c.p., ad un cittadino che, nel pieno del ciclone delle accuse mediatiche di omofobia rivolte alla Chiesa cattolica a seguito delle dichiarazioni del giovane teologo tedesco David Berger⁵⁴, aveva esposto nel centro della città un trittico da lui realizzato, che ritraeva in atteggiamenti tendenziosi da un punto di vista omosessuale il Pontefice e il suo segretario personale, al chiaro fine di criticare la politica ecclesiastica sulla condizione degli omosessuali. Il problema cui era chiamata a dare risposta la Corte era, in buona sostanza, il seguente: si trattava di satira o di vilipendio della religione?

Per la Suprema Corte, che nella parte motivazionale si dilunga in una robusta ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali, nell'intento di tirare le fila della cornice normativa entro cui ricondurre la fattispecie concreta, la condotta integrava un'ipotesi di vilipendio della religione cattolica. Infatti, l'esposizione del trittico, essendo in grado di colpire il Papa, al vertice della struttura ecclesiastica, lasciando intendere rapporti interpersonali di natura non consentita a chi ha fatto voto di castità, rappresenterebbe un'espressione non interpretabile in termini artistici, ma, per le obiettive caratteristiche delle riproduzioni, «una manifestazione indecorosa ed offensiva nell'accezione dell'uomo medio»⁵⁵. Ciò in quanto, per il Supremo Consesso di legittimità, l'art. 403 c.p. sanziona chiunque *offenda una confessione religiosa* mediante il vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, laddove la condotta consiste, per l'appunto, nel «tenere a vile», ovvero nel «manifestare

⁵² Cfr. Tribunale pen. di Latina, sent. n. 1725/2006.

⁵³ Sent. n. 41044/2015.

⁵⁴ Il giovane teologo David Berger è stato radiato, nel 2010, dal ruolo di professore dalla Pontificia accademia di San Tommaso d'Aquino e interdetto dall'insegnamento della religione nelle scuole, dopo aver fatto "*coming out*" in ordine alla propria omosessualità e dopo avere pubblicato un volume – non edito in Italia – in cui lasciava intendere una larga diffusione di pratiche omosessuali all'interno delle mura vaticane.

⁵⁵ Corte di Cass., sez. III pen., sent. n. 41044/2015.

un'offesa volgare e grossolana, che si concreta in atti che assumano caratteri evidenti di dilleggio, derisione, disprezzo; atti sorretti dal dolo generico, ossia dalla volontà di commettere il fatto con la consapevolezza della loro idoneità a vilipendere, tale da rendere irrilevante il movente dell'azione (politico o sociale), che non vale perciò ad escluderlo»⁵⁶.

In linea con la giurisprudenza costituzionale, la Cassazione rispolvera la dicotomia “critica razionale”/“vilipendio immotivato”, riconducendo in tale ultima categoria la condotta censurata nel caso di specie. Da un punto di vista più generale, l'effetto prodotto da tale distinzione è quello di considerare lecita la critica in materia religiosa solo quando, «sulla base di dati o di rilievi già in precedenza raccolti o enunciati», quest'ultima «si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione», mentre, invece, «trasmoda in vilipendio quando – attraverso un giudizio sommario e gratuito – manifesti un atteggiamento di disprezzo verso *la religione*, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità»⁵⁷.

Tuttavia, pur prescindendo dal merito della decisione della Cassazione e dalla difficoltà di tirare in concreto una linea di confine tra critica razionale – specie nella forma della satira – e vilipendio gratuito, la sensazione che si percepisce è che tale dicotomia si presti ad abusi interpretativi, rischiando di dare agio a una distinzione tra “pensiero colto” e “pensiero incolto”, che mal si concilia con la vocazione universale della libera manifestazione del pensiero.

L'illecito della bestemmia, di cui all'art. 724 c.p., e le diverse fattispecie delittuose contenute negli artt. 403 ss. c.p. generano dubbi di legittimità costituzionale in relazione ad una libertà, come quella di cui all'art. 21 Cost., che, pur non andando esente da limiti costituzionali, si sottrae naturalmente al bilanciamento con principi di rango non parimenti fondamentali. Certo, non per questo si deve ritenere che ogni pensiero blasfemo possa ricevere una copertura costituzionale. Sarebbe ovvio negare che la libertà di manifestazione del pensiero vada – al pari delle altre – esente da limiti costituzionali. D'altra parte, Carl Schmitt ci ha abbondantemente ammoniti dei rischi della deriva di una «tirannia dei valori» insita in un ordinamento che contempra principi assoluti, non bilanciabili.

Il «buon costume», pur nella ristretta accezione accolta dalla Corte costituzionale – che notoriamente lo circoscrive alle offese alla sfera del pudore sessuale –, costituisce senza dubbio un limite, di carattere “interno”, alle manifestazioni del pensiero blasfemo, per espressa disposizione dell'art. 21, ult. comma, Cost., purché il legislatore adotti provvedimenti «adeguati» a prevenire e reprimerne le violazioni. Facendo riferimento a tale limite si potrebbe pensare di dare copertura costituzionale all'illecito della bestemmia, se non fosse, per l'appunto, per l'interpretazione restrittiva data a tale clausola dalla Corte costituzionale.

Appare indubbio, poi, che la libertà di espressione, tanto nella forma delle opere artistiche, quanto in quella delle opere a carattere scientifico, soggiaccia altresì al limite, di carattere “esterno”, del rispetto degli altri diritti e principi di pari rango e valore, che possano direttamente desumersi da altre disposizioni costituzionali: si pensi alle norme che impongono il rispetto della persona, dalle quali discendono le fattispecie penali che tutelano l'onore e il prestigio⁵⁸, e che si pongono in naturale bilanciamento con la libertà di espressione, o alla normativa sullo *hate speech*, volta a censurare le discriminazioni per motivi etnici, razziali e religiosi, mediante la rimozione dei fattori che possano ostacolare l'eguaglianza e la pari dignità sociale di tutti i cittadini⁵⁹.

All'opera di bonifica compiuta dalla Corte costituzionale con una serie di pronunce caducatorie, inaugurate dalla [sentenza n. 440 del 1995](#), che ha dichiarato l'incostituzionalità del delitto di bestemmia di cui all'art. 724 c.p. – discutibilmente esteso a tutela di ogni divinità –, per proseguire

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002, 366.

⁵⁹ Cfr. P. CAVANA, *Sentimento religioso*, cit., 17. La normativa sullo *hate speech* è ora contenuta nella legge 25 giugno 1993, n. 205, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, recante «misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa».

con una serie di decisioni che hanno equiparato il *quantum* di pena previsto nei confronti della religione cattolica a quello meno grave previsto per le altre religioni⁶⁰, ha fatto seguito la riforma dei delitti contro la religione, consumata dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85 – recante «modifiche al codice penale in materia di reati di opinione» –.

Com'è noto, tale legge ha novellato le fattispecie tipizzate dagli artt. 403 ss., contenute nel capo I, Libro II, Titolo IV, del codice penale, qualificandole come «delitti contro le confessioni religiose». La riforma del 2006 ha, però, lasciato immutata la struttura di quei delitti, salvo ampliare la tutela a tutte le confessioni religiose, oltre che a quella cattolica⁶¹. Il che ha lasciato invariate le questioni concernenti l'individuazione del bene giuridico protetto dalle singole fattispecie, che già in passato avevano diviso la dottrina penalistica tra coloro che consideravano protetta la personalità individuale dei fedeli e dei ministri di culto e coloro che consideravano protetta la confessione come bene di civiltà, o che sposavano la tesi della plurioffensività, ritenendo protette sia la confessione sia le persone⁶².

Tale Capo genera dubbi di legittimità costituzionale con riguardo alla libertà di espressione e, segnatamente, con riguardo al diritto di critica e di satira anche in materia religiosa, poiché, pur eliminando il contestato delitto di vilipendio della religione (di Stato) di cui all'art. 402 c.p. – già dichiarato incostituzionale dalla Corte con la [sentenza n. 508 del 2000](#) per violazione del principio di eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzioni di religione e di eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge –, nella nuova disciplina si rinviene una scarsa offensività delle condotte e una scarsa oggettività e materialità del bene tutelato, il quale continua ad essere in parte modellato secondo una risalente impostazione della religione come «bene di civiltà», anziché come bene a tutela della coscienza individuale⁶³.

Come si avrà modo di argomentare a breve, peraltro, la circostanza che il titolo IV del Libro II del codice penale sia ancora intitolato ai delitti «contro il sentimento religioso» influenza l'interpretazione giurisprudenziale delle fattispecie di cui agli artt. 403 ss. c.p. Inoltre, benché depenalizzata dal decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, è ancora punita la «bestemmia», come contravvenzione concernente «la polizia dei costumi», che punisce una forma di «maleducazione» in grado di offendere la divinità e i simboli di una religione⁶⁴.

Il sentimento religioso continua, dunque, ad assumere una rilevante connotazione giuridica nel nostro ordinamento, al punto tale da essere ancora considerato meritevole della massima protezione possibile, qual è, per l'appunto, la sanzione penale. Tale sentimento è garantito da norme penali speciali, diversamente dalle altre libertà tutelate dalla Carta, di regola protette da norme penali generali poste a difesa della libertà morale dei singoli o dell'onorabilità della persona⁶⁵.

Riaffiora il tema della protezione dei «fatti di sentimento», che tradizionalmente trovano una tutela giuridica nell'obiettivazione in situazioni sociali, in interessi e in beni giuridici definiti dalla percezione soggettiva, al punto tale da essere sovente tutelati anche a prescindere dalla prova di quella percezione in capo ad un determinato individuo⁶⁶ (motivo per cui solo di rado la teoria generale del

⁶⁰ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Art. 19*, cit., 152.

⁶¹ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, IV ed., Bologna 2007, 443.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *art. 19*, cit., 152; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 437 ss.; V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Milano, 2007, 119 ss.; P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira: "nuove" incriminazioni e "nuove" soluzioni giurisprudenziali*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 2007.

⁶⁴ Cfr. F. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (articoli 8 e 19)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 204. Com'è noto, ai sensi dall'art. 724, comma 1, c.p., «[c]hiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da cinquantuno euro a trecentonove euro».

⁶⁵ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1977, 299.

⁶⁶ Cfr. M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'offense di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1587 ss.; G. CAROBENE, *Satira, tutela del sentimento religioso e libertà di espressione*, cit., 2.

diritto si è preoccupata di codificare categorie dogmatiche per fatti di sentimento che siano fenomeni giuridici propriamente detti)⁶⁷. Ma il punto è proprio questo: quanto è legittimo proteggere beni che sono definiti dalla percezione soggettiva, a prescindere dalla possibilità di fornire una prova di tale percezione in capo ad un individuo o a gruppi di individui determinati?

Nella Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale del 1929 si affermava che il Capo I del Titolo IV, Libro II, tutelava il sentimento religioso «non soltanto nelle sue estrinsecazioni esteriori, come esercizio di un culto e manifestazione individuale o collettiva della fede religiosa, ma anche in ciò che è l'origine, il fondamento della fede, ossia nella religione in sé e per sé». La religione costituiva un fenomeno di massima importanza per il raggiungimento dei fini etici dello Stato. Il codice penale del 1930, nella sua formulazione originaria, tutelava la religione come «istituzione», come «bene in sé», quale «valore di civiltà funzionale al tipo di Stato dell'epoca»⁶⁸. I delitti in materia di religione costituiscono, in effetti, un autentico «biglietto da visita» per i legislatori penali, poiché sono in grado di delineare i «tratti ideologici» di una codificazione penale. Il diritto penale risente dei condizionamenti derivanti dalla «concezioni storicamente dominanti in materia religiosa», rimanendo influenzato dal tipo di rapporto che intercorre tra Stato e fenomeno religioso nelle diverse epoche⁶⁹.

Nei suoi primi anni di funzionamento, anche la Corte costituzionale aveva legato la tutela penale del sentimento religioso all'«importanza dell'idea religiosa che trascende l'esercizio di un diritto individuale e costituisce uno dei valori morali e sociali attinenti all'interesse, oltre che del singolo, della collettività»⁷⁰. Ciò fino a quando, nel 1997, il Giudice delle leggi ha reinterpretato l'oggettività giuridica dei reati di vilipendio, legandola alla protezione del sentimento religioso come corollario della libertà individuale di religione. Di conseguenza, i diritti riconducibili alla libertà religiosa sono stati avvinati da una modifica nella loro collocazione sistemica, cosicché la religione da fattore unificante il popolo e l'identità nazionale (da elemento di coscienza della nazione) è scivolata nella sfera intima e morale del singolo, rinforzando il profilo *individuale* della coscienza umana⁷¹.

Tuttavia, come già detto, il codice penale continua a prevedere una serie di «delitti contro il sentimento religioso», sebbene la riforma del 2006, in forza della precedente giurisprudenza costituzionale, abbia equiparato le sanzioni tra le fattispecie senza più distinguere in ragione della confessione offesa, e abbia cercato di ridimensionare le pene, abolendo la sanzione detentiva⁷². A differenza di altri ordinamenti, il nostro non concepisce una figura unitaria di blasfemia, prevedendo singole fattispecie incriminatrici, che, nella loro stretta formulazione testuale, puniscono il vilipendio di *persone, ministri di culto, o cose*, da cui derivi indirettamente un'offesa alla confessione religiosa di appartenenza.

La *voluntas legis* riguardante tali delitti, pertanto, dovrebbe essere orientata a proteggere il sentimento religioso dei singoli credenti, concentrando l'antigiuridicità della fattispecie sulla lesione concreta della sfera soggettiva del singolo credente o del ministro di culto, vittime del reato, attraverso l'incriminazione di comportamenti attuati a loro danno. L'offesa alla religione verrebbe assorbita nell'elemento soggettivo del reato, «esaurendo la sua valenza normativa nella consapevolezza e

⁶⁷ Cfr. A. FALZEA, *I fatti di sentimento*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 318 ss.

⁶⁸ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 438.

⁶⁹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 439.

⁷⁰ [Corte cost., sent. n. 125/1957](#).

⁷¹ Cfr. G. ROLLA, *Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali*, in AA.VV., *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, a cura di Id., Napoli, 2009, 46 s.; analogamente R. BIN, *Libertà dalla Religione*, in AA.VV., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin-C. Pinelli, Torino, 1996, 40 ss.

⁷² L'art. 402 c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 508 del 2000](#) per violazione del principio di non discriminazione tra le confessioni e del principio di laicità, e non riprodotto dalla riforma del 2006, sanzionava il pubblico «vilipendio della religione dello Stato». L'art. 403 c.p. – rubricato «offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone» – punisce le pubbliche offese a una confessione religiosa mediante il vilipendio di chi la professa, o di un suo ministro di culto. L'art. 404 c.p. punisce le «offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose». L'art. 405 c.p. prevede il delitto di «turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa».

volontà dell'autore della condotta di offendere, attraverso quest'ultima, il sentimento religioso dei credenti»⁷³.

Benché la secolarizzazione abbia contribuito alla «modernizzazione dell'ordinamento penale anche nel sistema categoriale dei reati»⁷⁴, il sentimento religioso continua ad essere protetto come interesse sovra-individuale anche nell'interpretazione di una parte della giurisprudenza di legittimità e di merito, per la quale, ai fini della consumazione dei delitti contro le confessioni religiose, è sufficiente che le espressioni di vilipendio siano «genericamente riferite alla indistinta generalità dei fedeli». Ciò perché la norma tutelerebbe «il sentimento religioso e non la persona (fisica o giuridica) offesa in quanto appartenente ad una determinata confessione religiosa»⁷⁵.

Ad avviso di altro orientamento – più fedele al dettato normativo e, probabilmente, alla *ratio legis* –, siccome la condotta materiale del delitto di vilipendio della religione è integrata quando si manifesta in «un atteggiamento fortemente spregiativo, di dileggio e disistima, nei confronti di qualcosa o qualcuno che si trovi in un rapporto privilegiato o simbolico con un soggetto riconosciuto meritevole di prestigio dalla Costituzione (un'istituzione o una confessione religiosa)», è possibile concludere nel senso che la tutela penale è volta a «fare salva una determinata entità ideale, necessaria al mantenimento di un'ordinata convivenza e per ciò solo sacralizzata dall'ordinamento, di cui la persona o l'oggetto colpito dal comportamento lesivo sono portatori»⁷⁶.

Alla luce di quanto si è fin qui cercato di sostenere, segnatamente con riguardo ai dubbi circa l'esistenza di un fondamento normativo di un diritto del credente a non sentirsi offeso nella sfera religiosa, è possibile rilevare che l'interpretazione teleologica accolta dalla giurisprudenza sui delitti di vilipendio generi qualche dubbio di legittimità costituzionale nella parte in cui incrimina condotte che, per quanto riprovevoli dal punto di vista del «galateo» delle relazioni sociali, costituiscono espressioni di una libertà costituzionalmente garantita, qual è quella di manifestazione del pensiero, che non può essere limitata da un principio di rango legale, quale sembra essere invece, per chi scrive, quello del sentimento religioso. Il che non significa dubitare della legittimità costituzionale delle norme penali che garantiscono la libertà di culto (come la *turbatio sacrorum*), o che tutelano l'onore delle confessioni religiose, tramite l'ingiuria e la diffamazione⁷⁷. Ma tali fattispecie paiono già esaustivamente contemplate da disposizioni generali, cosicché non si ritiene necessario predisporre apposite norme speciali volte direttamente a proteggere il sentimento religioso.

In altri termini, la religione non pare avere, per Costituzione, uno «*special account*» – per usare un'espressione cara ai teorici statunitensi⁷⁸ –, tale da giustificare una tutela privilegiata rispetto agli altri fenomeni sociali parimenti protetti dalla Carta, come i sindacati o i partiti politici, ad esempio. Né sembra sostenibile normativamente che i sentimenti del credente siano più suscettibili di quelli di un qualunque cittadino rispetto alla propria fede ideologica, politica o morale⁷⁹. L'unico bene che può entrare in bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero è la libertà religiosa nelle sue varie forme, ma essa non sembra lesa dalle manifestazioni di disprezzo che il reato di vilipendio punisce. Ma, qualora le manifestazioni di disprezzo dovessero assumere un'intensità tale da limitare l'esercizio della libertà religiosa nelle forme tipizzate dall'art. 19 Cost., la tutela di tale libertà dovrebbe essere garantita dalle norme comuni che puniscono gli impedimenti apportati all'altrui libertà⁸⁰.

4. Osservazioni conclusive: per un'abrogazione degli illeciti sulla blasfemia

⁷³ P. CAVANA, *Sentimento religioso*, cit., 9.

⁷⁴ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477.

⁷⁵ Corte di Cass., sez. III pen., sent. n. 10535/2008.

⁷⁶ Tribunale penale di Latina, sent. n. 1725/2006.

⁷⁷ Cfr. A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 270.

⁷⁸ Da ultimo, in argomento, cfr. R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, trad. it., Bologna, 2014, 89 ss.

⁷⁹ Cfr. F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 3168.

⁸⁰ Cfr. F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 3168 s., che fa riferimento alla fattispecie della violenza privata di cui all'art. 610 c.p.

La progressiva separazione tra potere politico e potere religioso e la rinuncia dello Stato democratico pluralista all'idea di perseguire una determinata concezione della "vita etica" sembrano suggerire un ripensamento della normativa sulla blasfemia. Il profondo mutamento istituzionale generato dall'entrata in vigore della Carta ha sfornito i delitti contro la religione dell'*humus* culturale che li giustificava nell'ordinamento pre-repubblicano, fondato sul principio di confessionalità dello Stato. Uno Stato laico e secolarizzato, che non persegue fini metafisici, «istituzionalizza, nella sua ideologia, la pluralità delle ideologie; ed è uno Stato tollerante di tutti i valori, religiosi e non, presenti nella società»⁸¹. E, allora, il diritto penale di un Stato con tali caratteristiche «non può essere lo strumento secolare di una relazione istituzionale tra Stato e chiesa», non deve «aiutare Dio per mezzo delle norme penali», ma deve preoccuparsi di garantire la convivenza pacifica dei cittadini⁸².

La maggior parte degli Stati occidentali ha abolito le leggi sulla blasfemia. Di recente, in tale direzione si è mosso il Regno Unito (2008), l'Olanda (2013) e l'Islanda (2015). Altri ordinamenti europei, come l'Austria, la Danimarca, la Finlandia, la Grecia e l'Irlanda, continuano, invece, a vietare la blasfemia, che costituisce, a seconda dei casi, un reato ovvero un illecito amministrativo⁸³. In Italia, come si è visto, è ancora punita con una sanzione amministrativa la bestemmia, mentre integrano forme di illecito penale i delitti di vilipendio della religione.

Tali reati sembrano, invero, legati piuttosto ad un'impostazione giuridica tesa alla tutela di determinate credenze, più che alla libertà di religione *tout court*⁸⁴, con il rischio di dissuadere l'esercizio e la circolazione libera delle idee, elevando le autorità pubbliche ad arbitri della verità e della rettitudine religiosa⁸⁵. Sennonché, è possibile constatare come le rare volte in cui, in Italia, i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sulla liceità di manifestazioni blasfeme – giungendo anche a irrogare condanne –, tali decisioni avevano ad oggetto condotte vilipendiose a danno di *persone* o *ministri di culto* ben determinati, e non già offese alla religione *tout court*. Così è avvenuto nella vicenda da ultimo decisa dalla Corte di Cassazione, in cui le raffigurazioni offendevano il Papa e uno dei suoi stretti collaboratori. Parimenti si è verificato nel caso deciso dal Tribunale di Latina, in cui la raffigurazione vilipendiosa riguardava sempre il Papa insieme ad altri ministri del culto cattolico.

Ma, allora, non sono sufficienti le fattispecie generali già previste dal codice penale per delitti di tale genere, come l'ingiuria o la diffamazione? È davvero necessario tipizzare fattispecie *ad hoc* per incriminare le offese alla religione?

Ad opinione di chi scrive la risposta è negativa. Anzi, la previsione di illeciti sulla blasfemia lascia intravedere un velato effetto dissuasivo dall'esercizio di una libertà costituzionale quale è quella di manifestare il pensiero, ancorché in alcuni casi greve, come per il turpiloquio, e probabilmente talvolta incolta e inconducente, come nel caso di alcune raffigurazioni gratuitamente irriverenti.

I delitti di vilipendio pongono, peraltro, qualche dubbio di legittimità costituzionale in rapporto al principio di non discriminazione di cui all'art. 3, comma 1, Cost., alla luce della depenalizzazione del reato comune di ingiuria, portata a compimento dal decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7. L'ingiuria alla persona è, infatti, ora punita in via amministrativa; l'ingiuria alla religione continua ad essere punita penalmente.

Ma una cosa è la blasfemia, altro è reprimere l'ingiuria di una persona o anche di una determinata confessione; altro ancora è incitare all'odio. In tale ultimo caso la sanzione penale è volta a garantire la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, mentre nel caso di ingiuria del credente o di un ministro di culto la condotta integra un'offesa ad un soggetto pregiudicandone la rispettabilità e

⁸¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 438.

⁸² *Ibidem*. Come è stato osservato, l'ordinamento penale di uno Stato laico e secolarizzato non può «opporre una drastica chiusura di principio ad un intervento penale, da parte dello Stato moderno, a difesa di patrimoni dottrinari di una religione (o di più religioni)»: M. ROMANO, *Secolarizzazione*, cit., 1273.

⁸³ In argomento cfr., da ultimo, M. GATTI, *La blasfemia nel diritto europeo: un «reperto storico»*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit., 187 ss.

⁸⁴ Cfr. G. CAROBENE, *Tutela del sentimento religioso*, cit., 5.

⁸⁵ Cfr. M. GATTI, *La blasfemia nel diritto europeo*, cit., 191, che richiama U.S. State Department, *Prisoners of Bilief: Individuals Jailed under Blasphemy Laws*, 2014.

richiedendo protezione e tutela dell'onore⁸⁶. Tuttavia, in questi casi non si tratta più di mera blasfemia. Tant'è vero che la Corte EDU dichiara inammissibili i ricorsi presentati a difesa della libera manifestazione del pensiero contro restrizioni nazionali nei casi in cui il messaggio, l'informazione o l'idea siano configurabili come *hate speech*⁸⁷. In tale categoria sono stati ricondotti, oltre agli incitamenti all'odio in senso stretto, anche la propaganda del razzismo, dell'antisemitismo e, più in generale, dell'odio per motivi religiosi. Per la CEDU, tali espressioni sono radicalmente contrarie allo spirito della Convenzione e, pertanto, non possano rientrare nell'ambito oggettivo della libertà di pensiero tutelata, cosicché non è ammissibile contro tali restrizioni alcun ricorso, poiché esso stesso si configurerebbe come un abuso di diritto in seno alla Convenzione⁸⁸.

Ritornando alla vicenda parigina, sembra arduo sostenere che le vignette pubblicate da *Charlie Hebdo* avessero una portata offensiva o discriminatoria nei confronti della comunità islamica. Esse probabilmente erano volte a denunciare, mediante l'uso della satira, i pericoli per la sicurezza globale scaturiti da un terrorismo internazionale animato da ideologie fanatiche. O, forse, erano semplicemente blasfeme. A ben vedere, una dose di empatia nell'uso della matita non avrebbe guastato, soprattutto poiché si trattava di un tema che interseca questioni ultime di vita. Ma la blasfemia resta pur sempre una legittima espressione della libertà di pensiero, ferma restando ovviamente la possibilità/necessità di tutelare la dignità del singolo credente (anche se si pone il problema prima ricordato della ragionevolezza di previsioni punitive a fronte della depenalizzazione dell'ingiuria). D'altro canto, contro le espressioni estranee alla propria *weltanschauung* ciascuno è sempre libero di usare l'arma del dissenso, che in uno Stato costituzionale è il sale della dialettica democratica.

Ma, avendo tratto l'abbrivio dalla vicenda parigina, per concludere un discorso che muove da un ragionamento che incrocia i canoni della tolleranza, del principio della tutela della dignità della persona umana e della vita, propri delle liberaldemocrazie costituzionali, non si può tacere il fatto che la "pena di morte" irrogata dai terroristi, oltretutto senza un giusto processo e senza bilanciamento dei principi giuridici, rimane, pur sempre, il più grande problema del nostro temp

⁸⁶ Cfr. U. ADAMO, *Libertà di espressione e tutela dei sentimenti religiosi*, cit., 12.

⁸⁷ Cfr. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui*, cit., 10.

⁸⁸ *Ibidem*.

Antonio Ruggeri
L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*

SOMMARIO: 1. *Crisi della sovranità, crisi dell'indirizzo politico, crisi della legge: tre profili diversi di un fenomeno unitario.* – 2. *La doppia torsione del modello costituzionale, per effetto del ribaltamento dei ruoli degli organi della direzione politica (specie al piano della normazione) e della confusione con quelli degli organi di garanzia (e, segnatamente, dei giudici), col conseguente squilibrio dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.* – 3. *Gli "indirizzi" di revisione costituzionale e la loro squilibrata spartizione tra legislatore e giudici.* – 4. *Le distorsioni che traggono spinta ed alimento dal contesto (in ispecie, dagli stati di emergenza, nelle loro molteplici forme espressive) e, dunque, dai "fatti" che in esso si affermano, mettendo non di rado in crisi i diritti fondamentali e, di riflesso, la Costituzione che nel riconoscimento e nella tutela di questi rinviene la sua specifica ragion d'essere.*

1. *Crisi della sovranità, crisi dell'indirizzo politico, crisi della legge: tre profili diversi di un fenomeno unitario*

L'indirizzo politico ha avuto una singolare vicenda, solo in parte ad oggi esplorata, specie nei suoi ultimi e più salienti sviluppi. La nozione ha avuto – come si sa – le sue più raffinate teorizzazioni tanto in regime fascista, con gli illuminanti studi di C. Mortati¹ e V. Crisafulli², quanto nei primi decenni dell'esperienza repubblicana, specie grazie alla poderosa riflessione di T. Martines, avviata già a metà degli anni cinquanta del secolo scorso e quindi culminata con la ormai classica voce dell'*Enciclopedia del diritto*³. Era, quest'ultima, una stagione segnata dal tentativo, purtroppo poi fallito, di far luogo ad una organica progettazione dello sviluppo socio-economico della società italiana; ed era una stagione in cui si dava una spinta vigorosa in avanti al processo d'integrazione europea, che nondimeno doveva ancora attendere alcuni anni prima di poter giungere ad un grado apprezzabile di maturazione, nel mentre si poneva mano all'affermazione a tappeto dell'istituto regionale: due tendenze, queste, l'una che portava al trasferimento di quote crescenti di sovranità verso l'alto, fuori delle mura domestiche, e l'altra che le distribuiva verso il basso, a livelli territoriali diversi da quello centrale⁴, che richiedono di essere tenute presenti nel quadro di una riconsiderazione della vicenda oggetto di questo studio.

È singolare, nondimeno, il fatto che proprio nel momento in cui l'indirizzo politico riceveva la sua più raffinata rappresentazione teorica, con la voce sopra richiamata di Martines, veniva a consumarsi il suo canto del cigno: di lì in avanti, infatti, l'indirizzo entrerà in crisi, una crisi forse irreversibile,

* Relazione al Seminario di studio su *Trasformazioni dell'indirizzo politico e ruolo del Governo*, Messina 1 dicembre 2017, alla cui data lo scritto è aggiornato. Farà parte degli *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*.

¹ *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), rist., Giuffrè, Milano 2000, e *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist., Giuffrè, Milano 1998.

² Il saggio *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, apparso negli *Studi urb.*, 1938-1939, può vedersi riprodotto in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 3 ss. Su di esso, di recente, Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, 2/2016, 1 ss.

³ Del 1957 è l'ormai classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, apparso per i tipi della Giuffrè, di poco preceduto dal corposo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., mentre la voce *Indirizzo politico* è del 1971, vol. XXI, 134 ss. (tutti quindi riprodotti in T. MARTINES, *Opere*, Giuffrè, Milano 2000, il primo e il terzo nel tomo I, 3 ss., e 403 ss.; il secondo, nel tomo III, 293 ss.).

⁴ Non riprendo in questa sede la intricata questione teorica se (e fino a che punto) abbia ancora senso contrapporre sovranità ad autonomia, specie ove si consideri che la medesima attività, dapprima svolta da un ente, può in seguito essere svolta da un altro, o se si preferisce dire altrimenti che del medesimo interesse si fa cura prima l'uno e poi l'altro ente, alle volte senza sostanziali differenze per ciò che concerne i limiti cui la sua gestione va incontro, in particolare laddove gli stessi vengano *ab extra*, dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea: limiti alle volte talmente intensi da far dubitare che chi vi soggiace disponga di margini di una certa consistenza di autodeterminazione, si descriva poi quest'ultima avvalendosi dello schema teorico dell'autonomia o della stessa sovranità.

comunque tangibile. Ne è un indice esteriore eloquente la circostanza per cui ancora per qualche anno la dottrina vi si è dedicata, anche con contributi di respiro monografico⁵, ma poi l'attenzione si è nettamente spostata su altri ambiti materiali di ricerca e temi ad essi afferenti (con particolare riguardo, allo studio della giustizia costituzionale, dei diritti fondamentali, delle Regioni⁶).

Gli interessi di ricerca non nascono come funghi in un bosco dopo una notte di pioggia; piuttosto, si fanno attrarre da nuove esperienze di rilievo costituzionale, alle quali docilmente si accodano, seguendone i più salienti sviluppi, nell'intento di darne la opportuna chiarificazione.

Tra queste esperienze un posto di primo piano – come si diceva – è da assegnare all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, cui peraltro si accompagna l'infittirsi dei vincoli discendenti a carico dello Stato (e delle sue articolazioni interne) dalla Comunità internazionale (non a caso, d'altronde, si è avvertito il bisogno di darne testimonianza nel primo comma dell'art. 117, rifatto dalla legge di riforma del 2001).

Questa vicenda, tuttora in corso e dagli esiti imprevedibili (nessuno può, infatti, dire come sarà l'Unione del prossimo futuro⁷), esibisce plurimi e marcati connotati, tra i quali quello che forse spicca sopra ogni altro è il riparto o – come a me pare più giusto dire⁸ – la vera e propria condivisione della sovranità tra l'Unione e gli Stati che la compongono⁹, con una tendenziale avocazione a beneficio della prima di quote sempre più consistenti.

Possiamo, poi, discettare quanto vogliamo circa la qualificazione da dare al fenomeno, se seguitare a discorrere, con la Carta costituzionale e numerosa dottrina¹⁰, in termini di “limitazioni” ovvero di vere e proprie “cessioni”, seppur ancora parziali, della sovranità¹¹. Una questione, questa, non

⁵ ... tra i quali, richiamo qui solo quelli di A. MANNINO, M. DOGLIANI e P. CIARLO: v., del primo, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano 1973; del secondo, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 1985 (e, dello stesso, anche la voce *Indirizzo politico*, in *Dig./Disc. pubbl.*, VIII, 1993, 244 ss.); del terzo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli 1988. Più di recente (e proprio al fine di riflettere sull'apporto offerto da Martines allo studio dell'indirizzo politico e sugli sviluppi successivamente avutisi), si segnalano i contributi di AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998.

⁶ In realtà, l'esame di alcune questioni di diritto regionale, particolarmente vessate, quale quella relativa alla natura dei rapporti tra legge statale e legge regionale e ai limiti su quest'ultima gravanti, ha riportato l'attenzione sull'indirizzo politico (e proprio Martines, specie nello *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, sopra richiamato, è stato tra gli autori che maggiormente hanno concorso a quest'esito); ciò nondimeno, è innegabile come la più consistente produzione dottrinale, specie a partire dall'avvio delle esperienze di giustizia costituzionale, si sia orientata verso altri lidi, secondo quanto si segnala nel testo.

⁷ Anzi, a dirla tutta, è non poco complicato decifrare il suo stesso travagliato presente (si è fatto il punto su ciò che è e che potrebbe essere l'Unione di qui a breve in occasione del Convegno su *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Giappichelli, Torino 2017, ma alcuni contributi sono stati anticipati in Federalismi.it; inoltre, P. DE PASQUALE, *L'Unione europea e le nuove forme d'integrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2017, 671 ss.).

⁸ La correzione non è meramente nominalistica: il termine “riparto” può infatti evocare l'idea di una rigida separazione di competenze tra Unione e Stati, mentre quello di “condivisione”, pur nella sua consustanziale indeterminatezza o, se si vuole, ambiguità, lascia impregiudicata la questione se di vera separazione si tratta o non piuttosto d'integrazione delle competenze: la fluidità delle relazioni tra gli enti, che asseconda il mobile flusso degli interessi sotto la spinta di congiunture alle volte imprevedibili e comunque non di rado pressanti, consiglia di preferire la seconda qualificazione rispetto alla prima.

⁹ Di una “sovranità condivisa” tra Unione e Stati ho più volte discusso (ad es., in *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in Federalismi.it, 11/2016, 1 giugno 2016, spec. 7, e *ivi*, in nt. 13, altri riferimenti); critici sul punto, ora, A. GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in Rivista AIC, 3/2017, 2 agosto 2017, 11 s., e S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 247 ss.

¹⁰ In argomento, i contributi al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, che possono ora vedersi in Rivista AIC, 3/2017, 2 agosto 2017.

¹¹ La cessione parrebbe, poi, evocare l'idea della irreversibilità, che urta con la mobilità dei flussi di competenze nell'uno e nell'altro verso (ma – come si diceva – con un tendenziale spostamento verso l'alto), nonché con l'ammissibilità

meramente teorica ma dalle immediate e gravi pratiche implicazioni, il cui esame ci porterebbe tuttavia troppo oltre l'*hortus conclusus* in cui questa succinta riflessione è tenuta a stare. Al di là del nome, resta, ad ogni buon conto, la cosa, in tutta la sua crescente evidenza.

Ora, dire *sovranità condivisa* e dire *indirizzo politico condiviso* è praticamente lo stesso: si tratta di due modi diversi per designare un solo concetto e, perciò, il fenomeno cui esso si riferisce.

È vero che gli organi della direzione politica (e, segnatamente, il Governo¹²), attraverso le loro proiezioni in seno all'apparato governante dell'Unione, recuperano almeno una parte del ruolo politico-istituzionale un tempo detenuto in seno allo Stato; com'è però chiaro, altro è il potere decisionale di cui ciascun organo disponeva in ambito nazionale, prima che si perfezionasse la trasmigrazione di parte della sovranità al piano sovranazionale, ed altra cosa il possesso solo di una quota della stessa da far valere al confronto con gli esponenti degli altri Stati membri in seno agli organi dell'Unione. Quand'anche dunque sia riconosciuto agli organi nazionali un ruolo invero non secondario, specie nella fase ascendente del processo decisionale eurounitario, resta il fatto che una massa imponente di interessi bisognosi di appagamento rimane ormai sottratta all'autodeterminazione ed alla regolazione degli organi suddetti e rimessa ad attori istituzionali operanti fuori delle mura domestiche.

Riprendendo una nota tripartizione in fasi dell'indirizzo politico, proprio la prima e più qualificante fase, quella teleologica, si situa ormai, in larga misura, in ambito non nazionale, talvolta accompagnata anche dalla seconda fase (la strumentale) e persino dalla terza (la effettuale). Il compito affidato agli organi nazionali resta comunque prevalentemente circoscritto alle fasi serventi nei riguardi di quella iniziale. Ed è un compito fattosi col tempo viepiù gravoso, talvolta persino insopportabile, rendendosi in tal modo particolarmente vistoso il fenomeno, dalle risalenti e ramificate radici, della crisi della legge, quale atto per antonomasia espressivo della direzione politica. Notazioni, queste ultime, che – dico qui di passaggio – a maggior titolo valgono in ambito regionale e locale in genere, rendendo alquanto problematica la riproposizione della tesi, patrocinata da una generosa dottrina¹³, del carattere propriamente “politico” dell'autonomia regionale e, più ancora, degli altri enti a base territoriale, sol che si pensi che l'indirizzo di cui tutti tali enti si fanno portatori si trova soggetto, in una parte non poco consistente, all'osservanza tanto dell'indirizzo dello Stato quanto (e, forse, più ancora) di quello dell'Unione¹⁴.

La crisi della legge – come si sa – ha molte cause, alcune delle quali da tempo e con dovizia di argomenti rappresentate: a queste sono appunto da aggiungere, per un verso, il sostanziale impoverimento subito dalla legge quale strumento privilegiato di posizione dei fini della direzione politica e, per un altro verso, la inadeguatezza molte volte dimostrata dalla legge stessa anche in fase strumentale nei riguardi di norme aventi origine esterna, nel far fronte cioè agli impegni crescenti assunti in seno all'Unione ed alla Comunità internazionale.

*Crisi della sovranità*¹⁵, *crisi dell'indirizzo politico*, *crisi della legge* sono, dunque, i tre punti di un ideale triangolo entro il quale si consuma la complessiva vicenda di un ordinamento costituzionale

del recesso dall'Unione, già peraltro perfezionatosi (o, meglio, in via di perfezionamento) con la *Brexit*. Che qualcosa di analogo possa però aversi anche da noi è assai improbabile.

¹² Meno consistente, invece, come si sa, il ruolo del Parlamento o delle Regioni alla formazione degli atti eurounitari, laddove quello di esponenti del Governo in seno al Consiglio e, soprattutto, al Consiglio europeo è di diretta compartecipazione alla loro elaborazione.

¹³ Ancora T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, cit.

¹⁴ Sono tornato, ancora di recente, a riflettere sulla ricostruzione teorica dell'autonomia affermatasi a partire dalla metà degli anni cinquanta del secolo scorso nel mio *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, 15 ss.; qui, ne dico nuovamente con specifico riguardo ad alcune delle più marcate esperienze, specie nella prospettiva delle relazioni interordinamentali.

¹⁵ In realtà, di una sovranità in crisi è appropriato discorrere limitatamente all'accezione tradizionale della stessa, che la vuole riferita alla potestà d'imperio riconosciuta ad un ente (e, specificamente, allo Stato) e fatta valere a mezzo dell'apparato governante in esso istituito nei riguardi dei soggetti (individui, gruppi sociali, altri enti) tenuti a prestare osservanza agli atti per il cui tramite essa si manifesta.

che sempre più fatica a riconoscere se stesso, la propria identità, quale descritta nella Carta costituzionale, per come riflessa in un'esperienza dai tratti peraltro confusi ed appannati, gravati da molte contraddizioni e complessive, non colmate carenze.

La crisi della legge, in un certo senso, appariva prefigurata dalla stessa Costituzione, perlomeno rispetto al modo con cui l'atto era inteso durante la stagione liberale, in cui ebbe la sua massima, osannata espressione. Il policentrismo delle fonti, che pervade l'intero tessuto della Costituzione, ne dà la più tangibile conferma, unitamente al carattere rigido di quest'ultima, che ha portato a sfatare il mito ottocentesco della legge quale *fons fontium*.

In realtà, la crisi della legge non è tanto crisi di *quantità* o, diciamo pure, di *estensione*; basti solo considerare quale capacità l'atto abbia dimostrato (e dimostri) nel distendersi praticamente sopra ogni ambito materiale, seppur entro gli spazi consentiti dal diritto di origine esterna, senza trovare efficace ostacolo alla sua avanzata nel riparto costituzionale di materie e competenze tra Stato e Regioni (ed altri enti) delineato, con somma vaghezza, nella Carta¹⁶. La crisi è, piuttosto, di *qualità*, per l'uso concretamente fattosi dello strumento, vagheggiato da una raffinata dottrina quale forma *ordinaria* e *necessaria* di realizzazione del "programma" costituzionale¹⁷ e rivelatosi, di contro, palesemente inadeguato allo scopo.

Si dirà che lo scarto tra il modello e l'esperienza è reso vistoso dal carattere fin troppo ambizioso ed impegnativo dell'uno e dalla scarsa consistenza delle forze ed esiguità delle risorse concretamente disponibili nell'altra. Questo dato, che ai miei occhi appare inconfutabile, non può tuttavia suonare quale un comodo alibi per mettere da canto o fingere di ignorare strutturali carenze ed incapacità di chi ha governato e governa lo strumento legislativo. È chiaro che talune procedure, rivelatesi non poche volte delle autentiche pastoie o delle vere e proprie sabbie mobili che hanno inghiottito progetti

Ora, l'idea della crisi della sovranità non soltanto non è da tener ferma ma, all'inverso, va ribaltata su se stessa, ove si accolga il punto di vista patrocinato da un'accreditata dottrina, secondo cui la sovranità richiede di essere desoggettivizzata, appuntandosi sui (ed interamente risolvendosi nei) valori fondamentali dell'ordinamento (così, part., G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ora anche in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero, tra gli altri, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLISI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss.; pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.). E, poiché l'essenza della Costituzione, nella evoluzione maturata negli ordinamenti di tradizioni liberali, sta nel riconoscimento dei diritti fondamentali, ebbene da quest'angolo visuale è da concludere nel senso che la sovranità non è affatto in crisi, a motivo della integrazione sovranazionale in corso e della proliferazione delle Carte internazionali che, al pari della Costituzione, danno il riconoscimento in parola. Tutt'all'inverso, proprio le formulazioni presenti in alcune Carte, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo, nel loro farsi diritto vivente grazie alla giurisprudenza delle Corti che ne sono garanti, hanno portato (e portano) a crescenti acquisizioni alla causa dei diritti, concorrendo perciò all'affermazione e al radicamento della sovranità assiologicamente intesa.

Ciò posto, per le peculiari esigenze di questo studio, conviene fermare specificamente l'attenzione sul modo tradizionale di vedere la sovranità, rimandando ad altri luoghi di riflessione scientifica per le implicazioni di ordine istituzionale discendenti dal (o variamente connesse al) c.d. "dialogo" tra le Corti.

¹⁶ Troppe note, per dover essere qui nuovamente spiegate, le vicende che hanno visto irragionevolmente dilatati gli ambiti materiali di competenza dello Stato, tanto secondo l'originario dettato quanto in base alla novella del 2001, e resi fin troppo penetranti i limiti riportabili a leggi statali (e fonti a queste equiparate) poste in essere a presidio dell'unità-indivisibilità della Repubblica, anche per effetto della generosa "copertura" datavi da una indulgente giurisprudenza costituzionale.

¹⁷ Il riferimento è, naturalmente, a F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970. In altri luoghi, mi sono dichiarato contrario a siffatta ricostruzione del rapporto Costituzione-legge, a mia opinione frutto di una radicalizzazione teorica della funzione servente esercitata dalla seconda nei riguardi della prima. È nondimeno innegabile che lo strumento normativo più direttamente e linearmente conducente al fine di dare specificazione-attuazione alle indicazioni costituzionali sia appunto la legge.

di leggi in cantiere, possono (e devono) essere fatte oggetto di un profondo e disincantato ripensamento¹⁸. Più volte mi è capitato di dire che il procedimento legislativo, così com'è, somiglia ad un ferro vecchio ed arrugginito¹⁹; la qual cosa, nondimeno, non deve indurre all'insensato proposito di buttarlo via bensì a studiare tutti gli accorgimenti utili ed a battere tutte le vie che possano condurre alla sua palingenesi.

Sta di fatto che il dato appena rilevato con riguardo alle carenze di procedura non alleggerisce neppure in minima parte le responsabilità di chi ha dimostrato tanto di non sapere porre mano ad un mirato rifacimento delle regole relative alla procedura stessa, quanto (e in ogni caso) di non possedere capacità di progettazione politico-normativa e volontà orientata verso il pubblico interesse, così come illuminato e qualificato alla luce dell'etica pubblica repubblicana risultante dalla Carta.

La crisi della legge – è stato detto in molte occasioni – è, dunque, *in nuce*, crisi (e, anzi, degrado) della rappresentanza politica: una crisi che coinvolge, a un tempo e in uno stesso destino, i rappresentanti e i rappresentati²⁰ e che è resa ancora più evidente dall'aumento vertiginoso delle domande sociali, dalla loro endemica conflittualità, dal proliferare (francamente eccessivo) di nuovi o nuovissimi diritti fondamentali (tali, con fin troppa larghezza e generosità, qualificati dagli stessi soggetti, individuali e collettivi, che se ne fanno portatori), diritti per il cui riconoscimento ed apprezzabile appagamento, il legislatore manifesta evidenti ritardi ed acclerate carenze.

2. La doppia torsione del modello costituzionale, per effetto del ribaltamento dei ruoli degli organi della direzione politica (specie al piano della normazione) e della confusione con quelli degli organi di garanzia (e, segnatamente, dei giudici), col conseguente squilibrio dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale

Di qui, una doppia torsione del modello costituzionale, per un verso assistendosi ad un vistoso squilibrio nei rapporti tra gli organi della direzione politica e, per un altro verso, ad una parimenti vistosa confusione dei ruoli di questi ultimi e degli organi di garanzia²¹, con specifico riguardo – per ciò che in questa sede specificamente importa – alle relazioni tra giudici e legislatore²².

Lo squilibrio, anche – per ciò che ora maggiormente importa – in merito all'utilizzo degli strumenti di normazione, al piano dei rapporti tra i due organi della direzione politica è da tempo rilevato in numerose analisi, sì da non rendersi utile l'ennesimo racconto di una vicenda assai nota.

¹⁸ Ha tentato di porre rimedio a questo stato di cose – come si sa – la sfortunata riforma “Renzi-Boschi”; temo però che, se essa fosse andata in porto, le cose, anziché semplificarsi, avrebbero potuto ulteriormente aggravarsi, secondo quanto è stato messo in chiaro dai numerosi commenti ad essa dedicati nei quali – a tacer d'altro – è stata preconizzata la *escalation* dei ricorsi alla Consulta per vizi di procedimento.

¹⁹ In questi termini se ne discorre nel mio *Dal caos delle fonti*, secondo forma, *all'ordine delle norme*, secondo valore: *note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, 474.

²⁰ Lucida la diagnosi sul punto di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128; v., inoltre, G. BRUNELLI, *Partiti politici e dimensione costituzionale della libertà associativa*, in F. BIONDI - G. BRUNELLI - M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 21 ss., e, ora, i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania 3-4 aprile 2017, di prossima pubblicazione in *Osservatorio sulle fonti*, nonché, se si vuole, i miei [Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/III](#), 10 dicembre 2016, 444 ss., e *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in [Federalismi.it](#), 22/2017, 22 novembre 2017.

²¹ Rilievo largamente diffuso: da ultimo, A. MORELLI, *La democrazia come sistema aperto: il caso italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 80 ss.

²² Tralascio, in questa sede, di dire del Presidente della Repubblica e di altri organi *lato sensu* di garanzia, quali le autorità indipendenti, ciascuno dei quali richiederebbe lunghi ed articolati discorsi, bisognosi di essere fatti in luoghi a ciò specificamente dedicati.

Ormai con decreti-legge, decreti legislativi (e, prima ancora, leggi di delega), regolamenti si fa praticamente di tutto; e così, si è assistito (e si assiste) a decreti-legge modificativi di leggi di delega, a deleghe largamente e vistosamente carenti dei contenuti loro propri, fino al caso-limite della loro stessa assenza, ecc.²³. Gli argini costituzionali sono, dunque, pressoché quotidianamente scavalcati, senza che il più delle volte a carico degli atti che se ne rendano responsabili si applichi alcuna sanzione né giuridica (da parte di chi – Presidente della Repubblica prima e Corte costituzionale poi – dovrebbe vigilare ed operare perché deviazioni siffatte non abbiano luogo) né politica (nel quadro, peraltro, di un generale *trend* che vede ormai praticamente smarrito siffatto tipo di responsabilità, in ciascuna delle sue forme espressive, e segnatamente quale responsabilità istituzionale ovvero diffusa).

Cose note, sulle quali – come dicevo – non giova ora ulteriormente indugiare. M'intrattengo, invece, sia pure di passaggio, solo su un punto, su cui da tempo sollecito a fermare l'attenzione e che ora mi preme nuovamente richiamare, vale a dire sulla inadeguatezza per l'aspetto qualitativo o, se si preferisce dire altrimenti, assiologico-sostanziale anche di questa copiosa produzione normativa per mano del Governo: segno tangibile di quella carenza di rappresentatività dei rappresentanti (seppur indiretti), di cui un momento fa si diceva²⁴. Il getto costante di atti normativi da parte del Governo, infatti, non è valso ad oggi (e dopo ormai tanti anni dall'avvento della Repubblica è da dubitare che le cose possano andare diversamente in futuro) a tradursi, in una parte complessivamente apprezzabile, nell'attuazione del grandioso, forse fin troppo ambizioso (al punto da essere da molti considerato utopico), progetto di trasformazione sociale coltivato dal Costituente in una stagione invero molto sofferta (ancora aperte e profonde le ferite lasciate dalla guerra e dal regime che l'aveva causata) ma anche esaltante, vissuta nell'attesa di una palingenesi ordinamentale e sociale avviata e testimoniata dal passaggio dalla monarchia alla Repubblica.

Col tempo, poi, le domande venute dal corpo sociale si sono fatte viepiù insistenti e pretenziose: gli organi della direzione politica ne sono stati sommersi, rimasti attoniti e muti (con riguardo ai casi di totale assenza di disciplina legislativa in senso lato idonea a farsene carico); quando, invece, vi hanno dato risposta, l'hanno fatto in modo complessivamente inappagante o, diciamo pure (perlomeno con riferimento a molti casi), sbagliato, tant'è che non si contano più le occasioni in cui il giudice delle leggi si è trovato costretto ad una certolina, non poco sofferta e molte volte francamente ardita, opera di ricucitura di un tessuto normativo a brandelli. Di tutto ciò le tracce più numerose e marcate si sono avute sul terreno su cui vengono a maturazione i nuovi diritti, specie quelli che più da presso sono riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico, secondo quanto ad es. avvalorano le esperienze maturate in fatto di procreazione medicalmente assistita: fatta a pezzi – come si sa – la legge 40 dalla giurisprudenza costituzionale²⁵, si attende ad oggi un adeguato

²³ In argomento, tra gli altri e di recente, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano 2016; A. ALBERTI, *Il mono-fondamento della decretazione legislativa delegata e le sue ricadute pratiche*, in *Quad. cost.*, 4/2016, 721 ss. e, della stessa, *amplius*, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino 2015; L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII legislatura*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, e S. ROSSI - N. SCARPELLINI, *La tartaruga a vela. Funzioni ed evoluzione del decreto-legge nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2017. Si fa poi il punto sull'esercizio del potere regolamentare nel *Focus su Dimensioni ed effettività del potere regolamentare. A trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, in *Federalismi.it*, numero speciale 2/2017, 27 novembre 2017.

²⁴ Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui una parte non irrilevante della produzione legislativa rimane sostanzialmente improduttiva di effetti, traducendosi in atti-manifesto ai quali non è poi dato il seguito opportuno, anche al piano della normazione, secondo quanto ad es. attestano i numerosi casi di deleghe legislative rimaste inattuato (su ciò, ora, D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuato*, ESI, Napoli 2017).

²⁵ Efficacissimo il titolo dato da A. D'ALOIA ad una sua succinta ma densa riflessione: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 1000. In tema, la letteratura è ormai assai copiosa: di recente e per tutti, v. i contributi che sono in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e il corposo studio monografico di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017.

rifacimento complessivo della materia, mentre per ciò che attiene alle esperienze alle prime *quodammodo* speculari²⁶, relative al fine-vita, manca del tutto – come pure è noto – anche solo un inizio di regolazione.

Le esperienze appena richiamate, unitamente a molte altre, costituiscono una eloquente testimonianza del fatto che, mostratosi ostruito ovvero fortemente ristretto e comunque non gratificante un canale di sbocco delle domande sociali, queste ultime se ne sono costruite a forza (nel senso proprio del termine, vale a dire forzando il dettato costituzionale) un altro, anzi altri, indirizzandosi dunque naturalmente verso le sedi in cui si amministra giustizia, quale che ne sia la natura (comune ovvero costituzionale) e il livello istituzionale (nazionale e sovranazionale).

Il dato che prepotentemente emerge e si rende immediatamente visibile è, dunque, quello della confusione dei ruoli, con grave sofferenza del principio della separazione dei poteri, al punto che una sensibile dottrina si è spinta fino a teorizzare questo stato di cose, offrendovi un generoso (ma, a mia opinione immeritato) avallo teorico, sì da ragionare di una sostanziale indistinzione delle pubbliche funzioni già secondo modello costituzionale²⁷. Con il che – come si è tentato di argomentare in altri luoghi²⁸ – si finisce col confondere una cruda e disincantata, seppur in qualche punto teoricamente esasperata, rappresentazione della realtà, con la sua supposta (ma, perlomeno in una certa misura, insussistente) descrizione nella Carta. E, invero, la commistione dei ruoli, quale si registra nell'esperienza, supera di molto il livello di guardia segnato nella legge fondamentale della Repubblica e induce, pertanto, ad una approfondita riflessione in merito ai modi con cui si possa, almeno in parte, porvi rimedio.

Al di sotto di questo livello, pur approssimativamente fissato, la fluidità dei ruoli è invero connaturata al modo di essere del sistema, alla sua incessante mobilità, che è il riflesso del moto stesso della Costituzione, che nella sua essenza – è stato detto da una sensibile dottrina²⁹ – è un *processo*, più e prima ancora che un *atto*.

Uno dei segni maggiormente marcati ed inquietanti della complessiva torsione del figurino costituzionale si coglie al piano dei rapporti tra il diritto legislativo e quello giurisprudenziale, ormai fortemente squilibrati a svantaggio del primo ed a beneficio del secondo³⁰.

Ci s'intenda. Il diritto giurisprudenziale non è, in sé e per sé, *contra Constitutionem*: da tempo infatti giustamente screditata è l'antica credenza del giudice *bouche de la loi*; il punto è, però, quello di stabilire fino dove il diritto giurisprudenziale possa spingersi senza snaturarsi, convertendosi in un autentico ossimoro costituzionale.

Un banco di prova al riguardo altamente attendibile è quello in cui maturano le esperienze relative ai diritti fondamentali, ai modi del loro riconoscimento e della tutela; e lo è, per la elementare ragione che è in essi che si rinviene – come sappiamo dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 – l'essenza stessa della Costituzione, nella sua accezione appunto di liberale fattura. Su questo terreno, dunque,

²⁶ V., infatti, l'impianto metodico-teorico dato da S. AGOSTA alle sue indagini su *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012.

²⁷ O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010.

²⁸ ... tra i quali, il mio *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in Federalismi.it, 11/2016, 1 giugno 2016, 16 in nt. 38.

²⁹ Part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.; sul moto della Costituzione, v., inoltre, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 1/2013, 1 marzo 2013.

³⁰ ... beneficio in senso oggettivo, quale sinonimo cioè di uno spostamento dei poteri di normazione da un luogo istituzionale all'altro; che, poi, i giudici si trovino non di rado investiti di un compito (e delle connesse responsabilità) di cui avrebbero volentieri fatto a meno è un altro discorso, già altre volte fatto ed al quale qui pure, per taluni aspetti, si farà a momenti richiamo. Ampie indicazioni di lett. a riguardo dei modi con cui i rapporti in parola sono visti in dottrina sono in T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la crisi del diritto penale tra le Corti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](http://DirittoPenaleContemporaneo.it), 28 settembre 2017, spec. 6 in nt. 26.

si verifica ed apprezza la capacità di tenuta della Costituzione, con la tipizzazione dei ruoli che in essa, seppur con una certa approssimazione, trova riscontro.

Ebbene, come si avvertiva poc'anzi, proprio le domande più diffusamente ed intensamente avvertite nel corpo sociale, quelle cioè volte all'appagamento dei diritti in parola, sempre più di frequente e con insistenza si indirizzano verso i giudici, una volta constatato che ad esse resta sordo il legislatore (termine che d'ora innanzi adopero nella sua più larga, impersonale, accezione, riferendolo ad ogni sede istituzionalmente preposta alla produzione del diritto politico)³¹.

Non dovrebbe essere così secondo modello, perlomeno per come esso ai miei occhi appare. Quest'ultimo, infatti, in vista dell'ottimale appagamento dei diritti, alle condizioni oggettive di contesto, sollecita una costante e feconda cooperazione di legislatore e giudici, nella tipicità delle forme e degli effetti delle rispettive attività istituzionali.

Come si è tentato di mostrare altrove, gli organi della direzione politica dovrebbero far luogo ad atti "leggeri" o "miti", essenzialmente *per principia*³², ai quali quindi si raccordino le pronunzie dei giudici, chiamati a darvi la congrua *specificazione e attuazione* (ancor più che la mera *applicazione*) in relazione alle complessive esigenze dei casi³³. Ostinandosi invece il legislatore a dar vita ad atti minuti e dettagliati di normazione, specie laddove – come, nel caso sopra richiamato della legge in tema di procreazione assistita – dovessero risultare infarciti di divieti, i giudici sarebbero costretti ad impegnarsi in una defatigante opera di flessibilizzazione di ciò che è irragionevolmente rigido. La qual cosa, peraltro, come si dirà a momenti, alle volte si ha attraverso forzate interpretazioni ovvero manipolazioni dei testi da parte del giudice delle leggi.

Questo schema, a mia opinione, si riproduce a cascata al piano dei rapporti tra giudici costituzionali e giudici comuni, specificamente con riguardo ai casi in cui i primi riformulino i testi di legge connotati da strutturali carenze ovvero da eccessiva rigidità di disposti, rendendoli dunque flessibili a mezzo di statuizioni di principio in essi aggiunte, le quali poi si consegnano per la loro opportuna specificazione-attuazione, a un tempo, ai giudici comuni e al legislatore. Venendo, poi, meno – come si diceva – quest'ultimo al compito suo proprio, le aspettative di una congrua disciplina a

³¹ Le più eloquenti testimonianze di questo *trend* che parrebbe inarrestabile si hanno sul terreno su cui matura il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, che sempre più di frequente si presentano provvisti esclusivamente del sostegno che può esser loro offerto dai giudici ovvero sia sono – come suol dirsi – “senza legge” (non dico – come pure, a mia opinione, sarebbe necessario – che dovrebbero essere fatti oggetto di esplicite, seppur essenziali, indicazioni con atti di forma costituzionale ma quanto meno che risultino dotati di discipline offerte da leggi comuni) [su ciò, con varietà di orientamenti, tra gli altri, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, risp., 1452 ss. e 1486 ss.; i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2017, 5 luglio 2017, e, ora, con ampia argomentazione, G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Brescia 24 novembre 2017, sulla [rivista telematica](http://www.rivista telematica) del Gruppo di Pisa; se si vuole, può anche vedersi il mio [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](http://www.federalismi.it), in questa [Rivista, Studi, 2015/III](http://www.rivista, Studi, 2015/III), 13 novembre 2015, 769 ss.].

³² Quest'idea va facendosi sempre più largo in dottrina: *ex plurimis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](http://www.rivista AIC), 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in [Biolaw Journal](http://www.biolawjournal.com), 3/2015, 168. Infine, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, cit., nonché in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

³³ Ragiona, invece, di un'attività dei giudici di “applicazione” del diritto oggettivo M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](http://www.rivista AIC), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [Rivista AIC](http://www.rivista AIC), 4/2014, 10 ottobre 2014.

completamento dei principi di giurisprudenziale fattura finiscono naturalmente col confluire presso le stesse sedi giurisprudenziali.

Si chiude così il circolo e l'intera produzione normativa è, in casi non sporadici, rimessa al diritto giurisprudenziale, con tutti gli inconvenienti che a ciò si accompagnano, specie per ciò che concerne il difetto di effetti generali delle pronunzie dei giudici comuni, ma anche coi vantaggi che pure possono aversene, ciascun giudice potendo confezionare a misura – esattamente così come fanno i sarti coi vestiti lavorati in modo artigianale – le norme buone per il singolo caso.

Lo schema possiede, a mio modo di vedere, generale valenza: in particolare, vale altresì per i rapporti tra Corti europee e giudici nazionali, ove si consideri che le prime manifestano una crescente tendenza alla loro “costituzionalizzazione”, senza nondimeno smarrire i tratti peculiari loro propri³⁴, e che esse pure talvolta fanno luogo ad affermazioni di principio bisognose quindi di ricevere adeguato svolgimento in ambito interno (ciò che – come si sa – ha la sua emblematica rappresentazione nelle decisioni-pilota della Corte EDU).

Va al riguardo osservato che il c.d. “dialogo” tra le Corti – espressione invero impropria ed ambigua, seppur efficace –, pur laddove evidenzi divergenze e veri e propri conflitti tra le stesse, concorre con la sua crescente affermazione, a rafforzare sempre di più il ruolo dei giudici, rimarcando ulteriormente, per la sua parte, la sostanziale emarginazione del legislatore dal circuito politico-normativo.

Qui, si tocca con mano la distanza esistente tra le più salienti esperienze del tempo presente e alcune raffinate teorizzazioni del modello di giustizia costituzionale affermatosi nei Paesi dell'Europa continentale.

Ricordiamo tutti la lezione kelseniana del giudice delle leggi quale legislatore negativo o – secondo la raffigurazione datane da Martines – quale organo che, annullando la legge, allo stesso tempo sanziona l'indirizzo politico di cui la legge stessa è espressione³⁵: un giudice che, comunque, per questa ricostruzione teorica, interviene secondo occasione per riportare l'indirizzo nell'alveo costituzionale laddove dovesse aver da esso deviato³⁶. Nell'esperienza ormai invalsa, invece, il giudice costituzionale non fa più questo o, forse, solo questo: dà anche indicazioni per il futuro, formula cioè *indirizzi all'... indirizzo politico*. E lo si fa a prescindere dalle forme al riguardo utilizzate, dai tipi di decisione, dagli effetti comunemente considerati loro propri: basti solo tenere a

³⁴ Questo trend è, con varietà di toni ed argomenti, messo in rilievo da una crescente dottrina: tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss. Critico nei riguardi dell'assimilazione della Corte dell'Unione ad un tribunale costituzionale, invece, M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in AA.VV., *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 11 novembre 2016, 72 ss., e *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio Costituzionale* 1/2017, 21 aprile 2017.

³⁵ Mi sono già intrattenuto su questo passaggio argomentativo della riflessione di Martines nel mio *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, cit., 259 ss.

³⁶ Si dirà a momenti che, quand'anche dovesse considerarsi ogni legge in tesi portatrice di istanze politiche, già per il mero fatto di essere stata adottata (anche al posto di altri atti, quali quelli di forma amministrativa), non per ciò essa è sempre riportabile ad un “indirizzo” in senso proprio, cui dà quindi voce e svolgimento (lo stesso T. MARTINES, *Diritto costituzionale*¹⁴, agg. a cura di G. Silvestri, Giuffrè, Milano 2017, 316, riconosceva che “buona parte delle leggi” fossero da considerare d'indirizzo politico ma riservava tale qualifica in senso ristretto e proprio unicamente a quelle con cui il Parlamento “partecipa, in via diretta ed immediata, alla determinazione dei fini od alla predisposizione dei mezzi”). Si vedrà, infatti, come non di rado alcune leggi si presentino dall'indirizzo stesso devianti.

mente i moniti talvolta presenti nelle pronunzie di rigetto, spesso non diversi nella loro strutturale conformazione dalle indicazioni somministrate con le additive di principio.

È interessante notare, a conferma della fluidità del quadro e della commistione dei ruoli, che un'attività *lato sensu* "direttiva", che anticipa ed orienta a un tempo la definizione dell'indirizzo politico, si riscontra in non infrequenti circostanze presso le stesse sedi in cui si amministra la giustizia comune.

Si pensi solo ai casi in cui i giudici fanno applicazione diretta della Costituzione, ponendo regole bisognose quindi di razionalizzazione legislativa e di ulteriore svolgimento da parte degli organi della direzione politica o anche di rifacimento, ma pur sempre in modo congruo rispetto agli interessi bisognosi di regolazione e rispettoso dei principi della Carta (il caso Englaro *docet* ma molti altri, specie in relazione a questioni di biodiritto, potrebbero richiamarsi in tal senso).

Alle volte si assiste ad una singolare fungibilità delle tecniche decisorie, casi analoghi ricevendo diverso trattamento: talora è, infatti, lo stesso giudice comune a far luogo – come un momento fa si diceva – ad ardite o, diciamo pure, temerarie reinterpretaioni (*rectius*, manipolazioni mascherate da interpretazioni) del dato normativo e ad estrarre così la regola buona per il caso, mentre in altre circostanze si rivolge a tal fine al giudice delle leggi. Da un costante monitoraggio che vado facendo da anni al riguardo, mi sono fatto convinto che non v'è un canone d'azione sistematicamente osservato, sempre uguale a se stesso e che piuttosto i giudici si determinano secondo occasione. Alle volte, temendo il *non liquet* del giudice costituzionale, in nome dell'incerto e volatile principio della salvaguardia della discrezionalità del legislatore, il giudice comune fa tutto da solo, riscrivendo e variamente aggiustando per via d'interpretazione un testo di legge carente, sì da renderlo fin dove possibile compatibile col dettato costituzionale; altre volte, invece, come si è venuti dicendo, sollecita a tal fine la collaborazione del giudice costituzionale.

Anche per l'aspetto ora considerato, si rende manifesta la difficoltà di tenere fino in fondo distinta l'attività posta in essere dalla Corte costituzionale rispetto a quella dei giudici comuni, una difficoltà che ha poi la sua conferma in fase discendente del sindacato di costituzionalità, se si conviene – come, a mia opinione, si deve – che l'operazione di bonifica costituzionale dell'ordinamento cui la Consulta pone mano, specie a mezzo delle pronunzie additive di principio, richiede quindi di potersi perfezionare e di essere portata ad effetto da parte dei giudici comuni, a mezzo di un'attività – come si è veduto – *attuativa* (e non meramente *applicativa*).

3. Gli "indirizzi" di revisione costituzionale e la loro squilibrata spartizione tra legislatore e giudici

Si dà, poi, un banco di prova altamente attendibile delle torsioni istituzionali in parola che, allo stesso tempo, rende conferma della esigua capacità prescrittiva posseduta nel diritto vivente dalla Costituzione quale fonte fondativa dell'ordinamento.

Mi riferisco al modo con cui si è fin qui fatto luogo al rifacimento del dettato costituzionale, vuoi allo scopo di colmare originarie lacune dallo stesso esibite³⁷ e vuoi pure in vista della modifica del costituzionalmente normato. Ebbene, revisioni per via legislativa e discipline di forma costituzionale

³⁷ Rammento qui di sfuggita che, secondo un'accreditata opinione, le lacune non sarebbero teoricamente configurabili, la Costituzione esaurendo in tesi la "materia" costituzionale, la cui struttura risulterebbe per intero preconstituita dalla volontà sovrana ed insindacabile del potere costituente. Quand'anche, tuttavia, questa tesi fosse da condividere (e, a mia opinione, non lo è), ciò non toglie che la disciplina costituzionale, pur distendendosi sul campo suo proprio, esibisca ugualmente carenze di costruzione, colmabili sia a mezzo di regole che di regolarità di rilievo costituzionale [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dai miei *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 18 aprile 2016, e *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, relaz. al Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (SISD) su *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Catania 9-11 novembre 2017, *paper*].

in genere se ne sono avute – come si sa – a più riprese, alcune delle quali connotate da ampia estensione (e, segnatamente, quella che ha portato alla riscrittura del Titolo V nel 2001)³⁸. Incomparabilmente più numerose ed incisive sono tuttavia state le innovazioni *in via di fatto*, per il tramite di “regolarità” della politica condizionanti tanto gli equilibri della forma di governo quanto l’assetto complessivo della forma di Stato, e – per ciò che qui specificamente importa – le altre per mano della giurisprudenza: queste ultime praticamente estese a tutto campo, sovrapponendosi alle stesse innovazioni in parola e ad esse apportando considerevoli aggiustamenti; hanno, cioè, pervaso anche la prima parte della Carta e persino i principi fondamentali, dalla comune opinione sottratti – come si sa – a modifiche da parte di qualsivoglia atto espressivo di potere costituito.

Per mano della Consulta³⁹ si è, in buona sostanza, riscritta la Carta costituzionale, nessun angolo della “materia” costituzionale, neppure il più recondito, essendo rimasto indenne davanti a siffatta opera riconformativa. La qual cosa in modo imperioso ripropone l’inquietante quesito circa la forza effettiva posseduta dalla legge fondamentale della Repubblica, una forza in grado di darle modo di farsi in apprezzabile misura valere nei riguardi degli operatori istituzionali: non soltanto – si badi – di quelli preposti alla direzione politica ma persino dei massimi garanti (Corte costituzionale in testa)⁴⁰. Le maggiori pronunzie “normative” della Corte costituzionale – come sono state, con crudo ma efficace linguaggio, chiamate da un’accreditata dottrina⁴¹ – sono state (e sono) dunque quelle che, con tecnica raffinata, portano al sostanziale (seppur abilmente mascherato) rifacimento del parametro costituzionale, più (e prima ancora) che dell’oggetto dei giudizi di costituzionalità. E ci si deve allora chiedere se e di quali risorse si disponga al fine di porre un argine a questo fenomeno che appare essere ormai imponente e inarrestabile⁴².

A mia opinione, prezioso si rivela al riguardo lo strumento del confronto (del “dialogo”, com’è d’uso chiamarlo) con le Corti europee: un’arma ambiversa, allo stesso tempo idonea alla stabilizzazione ed al rinnovamento della giurisprudenza, tanto più rilevante l’una e l’altra opera (e l’uno e l’altro effetto), sol che si consideri che il confronto in parola prende forma e svolgimento – come si è dietro accennato – sul terreno su cui maturano le più salienti esperienze di rilievo costituzionale, siccome relative all’essenza della Costituzione: i diritti fondamentali. Un decisore (sia pure in forme giurisdizionali) che sa di poter enunciare in sovrana solitudine, facendosi scudo del disposto di cui all’art. 137, ult. c., cost.⁴³, verità irrefutabili di diritto costituzionale (e di diritti costituzionali) può sentirsi non di rado incoraggiato ad abbandonarsi alla tentazione di imporre il

³⁸ Non indugio, poi, qui sulla vessata (ma, a mio modo di vedere, sterile) questione concernente l’ammissibilità delle sole revisioni costituzionali ad oggetto circoscritto e la conseguente inammissibilità di quelle “lunghe” od organiche. A tacer d’altro, mi sembra assai arduo immaginare che, in presenza di modifiche della seconda specie, la Consulta possa spingersi fino a caducarle esclusivamente a motivo appunto della loro eccessiva ampiezza, per la cui misurazione peraltro non si dispone di un metro sicuro.

³⁹ ... ma non solo di questa, non dovendosi trascurare gli stessi copiosi e corposi interventi chirurgici sul testo costituzionale operati dai giudici comuni, ancorché spesso poco visibili e, comunque, con effetti circoscritti al caso.

⁴⁰ Mi sono più volte posto l’interrogativo del testo (ancora da ultimo, nella mia *op. ult. cit.*, spec. al § 5).

⁴¹ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; più di recente, v. C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *amplius*, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

⁴² Un indice altamente eloquente di questo stato di cose si ha al ricorrere dei casi (tra i quali, emblematicamente, quello definito dalla discussa e discutibile [sent. n. 10 del 2015](#)) in cui il giudice costituzionale si mostra insofferente nei riguardi dei canoni che presiedono all’esercizio delle sue funzioni, discostandosi sensibilmente da essi e, però, così facendo, dismettendo le sue vesti di “giudice”, sia pure del tutto peculiare, e indossando quelle di decisore politico, anzi del massimo decisore, un autentico – si è detto in altri luoghi – *potere costituente permanente*.

⁴³ Una norma, questa, di “chiusura”, ad opinione di molti (fra i quali, io stesso ancora fino a pochi anni addietro), che nondimeno, seppur considerata espressiva di un principio fondamentale dell’ordinamento o comunque da questo “coperta”, non si sottrae a parer mio ad operazioni di bilanciamento secondo valore con altri principi fondamentali, tra i quali quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11, nel loro fare “sistema” coi principi restanti, specie quelli di cui agli artt. 2 e 3.

proprio punto di vista a tutti i costi, quand'anche dovesse tradursi in più o meno scoperte ed incisive manipolazioni della Carta costituzionale. Di contro, un decisore che sa di dover comunque tenere conto altresì del punto di vista di altri decisori provvisti della sua stessa *auctoritas*⁴⁴ trova proprio in ciò un argine di una certa consistenza al suo quotidiano agire.

Il giudice costituzionale, al pari di ogni altro giudice, non può – come si è venuti dicendo – per suo strutturale e invalicabile limite, farsi portatore di un “indirizzo” politico in senso proprio, neppure dunque di uno in “materia” costituzionale (o costituzionale *tout court*⁴⁵). Può, però, decidendo secondo occasione, incidere anche a fondo sui singoli enunciati, fino appunto a pervenire all'esito della loro sostanziale riconformazione.

È interessante notare come, incontenibile essendo la varietà dei casi, plurimi possono essere (ed effettivamente sono) i significati assegnati ad uno stesso enunciato costituzionale assunto a parametro di giudizio. Non dico, ovviamente, che di volta in volta ciascuno di essi muta pelle, caricandosi di sempre nuove valenze: si assiste, tuttavia, a frequenti slittamenti semantici, aggiustamenti di senso, adattamenti ai casi e alle loro complessive esigenze.

È poi di tutta evidenza la ricaduta di questo stato di cose sull'indirizzo politico *tout court*, di cui le leggi sottoposte a sindacato di costituzionalità, per un verso, risultano portatrici (secondo la tesi di Martines e di altri, sopra richiamata) ovvero (e per un altro verso) al quale apportano deroghe ora di maggiore ed ora di minore spessore, specie laddove – come si dirà a momenti – si trovino a ciò sollecitate da situazioni di emergenza⁴⁶. Le manipolazioni del parametro ridondano, infatti, in manipolazioni dell'oggetto, così come queste possono, per la loro parte, riflettersi in quelle, a conferma del carattere circolare dell'interpretazione giuridica e del congiunto, fattivo concorso che al suo svolgimento e ai suoi esiti offrono tutti i materiali normativi in campo, seppur alle volte in non paritaria misura, unitamente – lo si vedrà a momenti – a materiali fattuali, essi pure variamente idonei ad immettersi negli enunciati costituzionali, concorrendo al rifacimento della loro struttura.

4. Le distorsioni che traggono spinta ed alimento dal contesto (in ispecie, dagli stati di emergenza, nelle loro molteplici forme espressive) e, dunque, dai “fatti” che in esso si affermano, mettendo non di rado in crisi i diritti fondamentali e, di riflesso, la Costituzione che nel riconoscimento e nella tutela di questi rinviene la sua specifica ragion d'essere

Le torsioni istituzionali, cui si è fatto cenno, traggono infatti spinta ed alimento da un contesto comunque non benigno per l'affermazione, in ambito internazionale e sovranazionale come pure in ambito interno, dell'indirizzo politico, nella sua ristretta e propria accezione, che rimanda alla definizione di un quadro organico d'interventi per la cura del pubblico interesse. L'indirizzo – come si è veduto facendo richiamo alla magistrale indicazione teorica di Martines – è, *in nuce*, elaborazione di un progetto organico ed internamente coerente di fini da raggiungere, ordinati secondo una scala

⁴⁴ Il vero è che, pur senza confessarlo espressamente, la Corte costituzionale non riconosce alle Corti europee la medesima dignità di rango che assegna a se stessa. Si riflette, infatti, al piano delle relazioni istituzionali l'ombra di una ricostruzione a mia opinione metodicamente e teoricamente assai fragile fatta al piano della teoria delle fonti, secondo cui, *dal nostro punto di vista*, alla Costituzione spetterebbe pur sempre il primato sopra ogni altra Carta, ora per intero (ad es., nei rapporti con la CEDU, cui è riconosciuto un rango ambiguamente qualificato come “subcostituzionale”) ed ora limitatamente ai principi fondamentali (alla Carta di Nizza-Strasburgo e al diritto eurounitario in genere potendosi pur sempre opporre in ambito interno i “controlimiti”). In più luoghi e con varietà di argomenti mi sono dichiarato nettamente contrario ad un siffatto modo di vedere le cose, afflitto da un inguaribile e ingiustificato nazionalismo costituzionale ad oltranza.

⁴⁵ È evidente il diverso significato che qui assegno al sintagma “indirizzo politico costituzionale” rispetto a quello ad esso datovi da P. Barile (e dai suoi seguaci), avendo qui rilievo ragionare della progettazione e realizzazione delle revisioni della Carta.

⁴⁶ Riprendo a quest'ultimo riguardo una notazione che è nel mio *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, cit.

di priorità messa a punto a seguito di una complessa operazione di ponderazione dei fini stessi conforme a ragionevolezza.

Ora, il clima di perenne, soffocante emergenza che si riscontra praticamente a tutti i livelli istituzionali, un'emergenza che pervade ogni ambito materiale di esperienza, in ciascuna delle sue plurime forme espressive (ma, in special modo, quale emergenza terroristica ed emergenza economica), obbliga all'adozione di misure, sì, politiche ma spesso contrastanti coi fini previamente definiti: misure-tampone, reciprocamente sconnesse, non di rado improvvisate e largamente approssimative, inadeguate a farsi carico del peso opprimente dell'emergenza.

Si pensi solo ai ritardi ed alle complessive carenze degli interventi posti in essere per far fronte alla crisi economica, per un verso, e, per un altro verso, all'imponente fenomeno migratorio: l'una e l'altro bisognosi di una poderosa opera preceduta e passo passo accompagnata da una regia internazionale e sovranazionale, ancora più e prima che di una conseguente ed adeguata gestione in ambito interno. I difetti palesatisi ad entrambi i piani istituzionali hanno quindi obbligato alla messa in atto di misure solo in una parte assai contenuta efficaci.

Si faccia caso a come vanno le cose in congiunture siffatte. Le situazioni di fatto non nascono e si affermano mai a caso o a capriccio; sono piuttosto l'effetto di strutturali carenze della normazione e della direzione politica in genere⁴⁷. Una volta, poi, che le situazioni in parola si siano radicate nell'esperienza, spingono naturalmente per frequenti e corpose deviazioni dall'indirizzo astrattamente definito, fino a pervenire al suo stesso sostanziale abbandono.

Ci si avvede così che i vizi congeniti della direzione politica si alimentano e ricaricano da se medesimi avvalendosi della mediazione di congiunture sfavorevoli dagli stessi provocate.

Gli organi della direzione politica esperiscono il disperato tentativo di scaricarsi delle responsabilità loro proprie facendole ricadere sulla situazione straordinaria, di emergenza appunto, venutasi a creare, dimentichi del fatto che il suo avvento e radicamento non è casuale ma conseguente a scelte sbagliate o non fatte o, ancora, fatte e non tradotte in pratica⁴⁸.

Stando così le cose, si capisce che proprio i bisogni maggiormente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale, i diritti fondamentali, specie quelli più direttamente esposti al vento impetuoso dell'emergenza e da questa gravemente incisi, si rivolgano a sedi diverse da quelle istituzionalmente preposte alla direzione politica al fine del loro pur parziale appagamento.

Di qui, appunto, l'appello ai giudici, a *tutti* i giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali), che nondimeno, pur dando fondo al ricco armamentario di cui dispongono e che gli stessi hanno in larga parte forgiato, nonché alle formidabili risorse argomentative di cui sono capaci, possono venire incontro solo fino ad un certo punto alle aspettative nutrite da chi ad essi si rivolge.

La crisi comporta pur sempre sacrifici e rinunzie, costi alle volte insopportabili dai singoli e dall'intera collettività. È, poi, vero che la giurisprudenza ha tentato, ancora di recente, di arginarne i deleteri effetti⁴⁹. Sta di fatto, tuttavia, che i margini d'intervento per la salvaguardia dei diritti maggiormente toccati dalla crisi restano ristretti, anche a motivo delle strettoie dei processi e, di conseguenza, dei limiti cui vanno per loro natura soggetti i poteri dei giudici.

⁴⁷ Ho già avuto modo di intrattenermi sul punto ora toccato nel mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista, Studi, 2014](#) (6 novembre 2014).

⁴⁸ È pur vero che molte situazioni di emergenza, quale quella economica, rimandano a responsabilità che non allignano solo in ambito nazionale ma che vanno ben oltre le forze politiche operanti in quest'ultimo e gli attori istituzionali in cui esse si incarnano. La qual cosa, nondimeno, per un verso, induce a riproporre su scala più ampia il discorso che si va ora facendo in merito alla crisi dell'indirizzo politico ed alle carenze di chi ne è artefice, mentre, per un altro verso, attenua ma, di certo, non azzerà le responsabilità specificamente gravanti su quanti operano in ambito statale (e, *mutatis mutandis*, ai livelli infrastatali).

⁴⁹ Coraggiosa e rilevante è l'indicazione al riguardo data da [Corte cost. n. 275 del 2016](#), secondo cui "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione", che nondimeno richiede ulteriori conferme da parte della stessa giurisprudenza e – ciò che più importa – di essere avvalorata dall'operato degli organi d'indirizzo.

È appena il caso qui di notare che, quando sono in crisi i diritti fondamentali, è in crisi la Costituzione, per la elementare ragione che quelli sono il cuore pulsante di questa, la sua essenza.

Il recupero della Costituzione fa, dunque, tutt'uno col recupero della direzione politica, nelle sedi sue proprie, senza indebite e pur sempre scomode scorciatoie, quali sono quelle che portano alle sedi in cui si amministra giustizia. Un recupero, invero, assai problematico nel presente contesto, solo parzialmente realizzabile, comunque in forme inusuali rispetto ad una tradizione non più riproponibile, tra le quali una speciale considerazione merita l'apertura – ad oggi riscontrabile ma in misura non apprezzabile – delle sedi di apparato preposte alla produzione giuridica nei riguardi della comunità organizzata⁵⁰.

Il vero è che – come si diceva – proprio nel tempo presente, gravato da molte e fitte nubi e segnato da non rimosse tensioni e contraddizioni, occorrerebbe avere, a un tempo, un ruolo forte degli organi della direzione politica ed uno parimenti forte degli organi della giurisdizione.

È fuori posto ragionare – come molti fanno – di un'alternativa “secca”, esclusivizzante, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale (o – se si preferisce dire altrimenti – tra uno “Stato legislativo” e uno “Stato giurisdizionale”), visti quali due eserciti in campo che si fanno una guerra senza risparmio di colpi, destinata a concludersi con la totale sopraffazione dell'uno sull'altro. Di contro, lo Stato costituzionale ha bisogno, al fine di potersi trasmettere integro nel tempo, dell'apporto solidale di entrambe le forme di produzione normativa, la politica e la giurisdizionale. È solo dal loro mutuo sostegno e dalla loro stessa integrazione che dipende il fisiologico svolgimento della vita istituzionale e dunque – per ciò che maggiormente importa – la salvaguardia dei diritti.

⁵⁰ Su ciò, se si vuole, possono da ultimo vedersi i miei *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, Intervento al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, cit., e *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, cit.

Luca Costanzo*

La prescrizione giusta: nodi e questioni del caso Taricco**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Tribunale di Cuneo.* – 3. *La sentenza della Corte di giustizia.* – 4. *Le reazioni interne alla sentenza.* – 5. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Corte costituzionale.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione

La «vicenda Taricco» costituisce un caso di intenso dialogo giurisprudenziale tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia in merito alla compatibilità della disciplina nazionale sulla prescrizione dei reati con i principi (e i vincoli) derivanti dal diritto dell'Unione europea.

L'intensità di tale dialogo non è dovuta solo alla caratura dei protagonisti, ma anche alla delicatezza dello sfondo concettuale, in cui si avvicendano tematiche di notevole spessore giuridico come la nozione di sovranità costituzionale, il rapporto fra ordinamenti e la funzione normativa della giurisprudenza.

Si tratta dunque di un confronto di particolare prestigio teorico e denso di ricadute pratiche. Benché non ancora concluso, il caso Taricco è stato, perciò, al centro di un fervido dibattito dottrinale.

Il presente contributo si propone allora di rendere conto, nelle sue linee essenziali, dei nodi centrali e dei profili più rilevanti della vicenda, cercando di raccogliere ed elaborare, laddove possibile, alcune notazioni critiche.

2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Tribunale di Cuneo

La vicenda trae origine dall'[ordinanza del 17 gennaio 2014](#), con la quale il Tribunale di Cuneo chiedeva alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 101, 107 e 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nonché dell'art. 158 della direttiva 2006/112/CE, in relazione alla compatibilità con essi della normativa sull'interruzione della prescrizione in materia penale, contenuta negli artt. 160 ult. c. e 161, c. 2¹.

In particolare, il giudizio di rinvio verteva su alcune frodi IVA (dette «frodi carosello») in cui più società falsavano delle operazioni intracomunitarie per l'importazione in Italia di partite di Champagne con il risultato di un risparmio sull'imposta dovuta (attraverso lo schema consolidato dell'omesso versamento dell'IVA sulle vendite da parte di una evanescente società cartiera - importatrice e l'indebita detrazione dell'IVA sugli acquisti da parte della sua acquirente). Tale meccanismo permetteva alle società a valle delle operazioni di capitalizzare il risparmio IVA attraverso dei prezzi al dettaglio più vantaggiosi rispetto alla concorrenza. L'illiceità delle operazioni aveva condotto la Procura di Cuneo a ipotizzare in capo ai relativi autori i reati di dichiarazione fraudolenta e di emissione di fatture per operazioni inesistenti, rispettivamente *ex artt. 2 e 8 del d.lgs. n. 74 del 2000*; nonché, in capo agli organizzatori, il reato di associazione per delinquere allo scopo di commettere reati in materia di IVA *ex art. 416 c.p.*

Il giudice dell'udienza preliminare che effettuava il rinvio pregiudiziale rilevava che il procedimento era stato oggetto di vari incidenti procedurali e che, tuttavia, il regime della prescrizione

* *Dottorando di ricerca in Diritto pubblico dell'economia presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.*

** *Destinato anche alla [Rivista Sudeuropa \(Rivista Quadrimestrale del Centro di Documentazione Europea dell'ISESP di Reggio Calabria\)](#), n. 1/2017.*

¹ *Annotata da F. ROSSI DAL POZZO, La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (7 febbraio 2014).*

risultante dal combinato disposto degli artt. 160 ultimo co. e 161 co. 2 non consentiva, in presenza di uno o più atti interruttivi della prescrizione, un prolungamento del termine della prescrizione superiore a 1/4 della sua durata iniziale.

Di talché, si legge nell'ordinanza di rinvio, a causa dei limiti di aumento della prescrizione interrotta «*si può facilmente prevedere, fin da ora, che tutti i reati si prescriveranno, al più tardi, in data 8.2.2018, vale a dire fra appena 4 anni*»². Tale limitazione avrebbe permesso agli imputati, a causa dei tempi fisiologici del processo penale, oltre che delle strategie dilatorie dei difensori, di ottenere con ogni probabilità l'estinzione dei reati loro addebitati.

Peraltro, sempre secondo il giudice del rinvio, il lamentato regime prescrizione italiano, cui corrisponderebbe una prevedibile impunità, sarebbe un *unicum* nel panorama giuridico europeo, tale da comportare la lesione di più norme dell'Ue, direttamente efficaci, quali:

a) il principio di concorrenza *ex art. 101 TFUE*, perché la non (o meglio, la vana) perseguibilità (per prescrizione) dei comportamenti sleali delle imprese soggette alla giurisdizione italiana garantirebbe loro un vantaggio in termini di costi rispetto alle imprese europee che esercitano attività analoghe;

b) il divieto di aiuti di Stato *ex art. 107 TFUE*, perché l'impunità che sarebbe garantita dalla normativa italiana sull'interruzione della prescrizione costituirebbe un tacito invito ad abbattere i costi aziendali attraverso operazioni fraudolente;

c) la normativa in materia di imposta sul valore aggiunto promanante dalla Direttiva 2006/112/CE, perché l'impunità cui darebbe luogo la normativa sulla prescrizione costituirebbe un'ipotesi di esenzione IVA non prevista dalla pertinente Direttiva;

d) il principio delle finanze sane *ex art. 119 TFUE*, perché il drenaggio di risorse fiscali cui darebbe luogo la normativa sulla prescrizione costituirebbe un pericolo per lo stesso bilancio dello Stato italiano e, dunque, per la tenuta economica dell'Unione europea.

3. La sentenza della Corte di giustizia

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Cuneo, la Corte di giustizia si è pronunciata con [sentenza dell'8 settembre 2015](#), ritenendo che il lamentato regime della prescrizione non potesse essere valutato alla luce degli artt. 101, 117 e 119 TFUE, e soffermandosi invece sulla questione della sua compatibilità con la normativa UE in materia di IVA. Sul punto, la Corte ha, in primo luogo, rideterminato il parametro individuato dal giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo, ritenendo rilevante non solo (e non tanto) la direttiva 2006/112/CE quanto (piuttosto) l'art. 325 par. 1 e 2, TFUE, in base ai quali «*1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*». L'articolo in parola, in particolare, porrebbe a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esso enunciata, ovvero sarebbe direttamente efficace nell'ordinamento interno, con le note conseguenze in tema di disapplicazione del diritto nazionale con esso contrastante³. Quanto alle misure dissuasive ed effettive ivi descritte, osserva la Corte, tra di esse rientrano certamente le sanzioni penali «*che comprendano, almeno nei casi di frode grave, misure privative della libertà*»⁴.

² [Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014](#), punto 4.

³ Il riferimento essenziale è a [Corte costituzionale, sent. 8 giugno 1984, n. 170](#).

⁴ [CGUE \(Grande Sezione\), Taricco e altri, C-105/14, 8 settembre 2015, EU:C:2015:555](#), par. 40.

La normativa sanzionatoria deve, però, risultare anche in concreto deterrente rispetto alla commissione dei reati fiscali, e, pertanto, «qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni»⁵.

Tuttavia, quasi a mitigare la perentorietà della soluzione proposta, la Corte di Lussemburgo aggiunge che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»⁶; e la disapplicazione dovrà sempre essere operata «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale»⁷ dell'effettivo perseguimento dei fatti incriminati, senza che ciò comporti la violazione dei diritti degli imputati.

Da ultimo, la Corte si pone il problema della compatibilità di tale conclusione con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il primo incorpora i principi di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene. Ebbene – sempre secondo la Corte – una disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE: «non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale (...) né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste»⁸.

Quanto all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice dell'Unione ricorda come sia la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo a stabilire che «la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'art. 7 (...), dato che tale disposizione non osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti»⁹.

4. Le reazioni interne alla sentenza

Le reazioni della giurisprudenza interna alla sentenza Taricco non sono state univoche¹⁰. In proposito, è interessante confrontare la rapida evoluzione della giurisprudenza della Cassazione penale, la quale inizialmente ha recepito l'invito della Corte di giustizia alla disapplicazione dell'art. 161 c.p.¹¹; successivamente, ha ritenuto di distinguere tra frodi gravi e frodi non gravi, sulla base dei parametri rinvenibili all'art. 133 c.p., riservando solo alle prime la disapplicazione della controversa normativa sulla prescrizione¹²; e ancora in altre occasioni, ha limitato l'applicazione della «regola Taricco» ai casi in cui i reati non fossero già caduti in prescrizione¹³.

⁵ *Taricco*, cit., par. 49.

⁶ *Taricco*, cit., par. 53.

⁷ *Taricco*, cit., par. 55.

⁸ *Taricco*, cit. par. 56.

⁹ *Taricco*, cit., par. 57.

¹⁰ Un efficace *excursus* del recepimento diversificato della «regola Taricco» nella giurisprudenza interna si può leggere in M. ARANCI, *Ritorno a Lussemburgo: la Corte di giustizia nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Taricco*, in *Eurojus.it* (8 febbraio 2017).

¹¹ [Cass., Sez. III pen., sent. 15 settembre 2015 - 20 gennaio 2016, n. 2210.](#)

¹² Cass., Sez. III pen., sent. 7 giugno – 24 ottobre 2016, n. 44584, in *Guida al dir.* 2016, 46, 104; e Cass., Sez. III pen., sent. 15 dicembre 2016 – 14 marzo 2017, n. 12160, in *Dir. e Giust.*, 2017, 15 marzo.

¹³ Cass., Sez. IV pen., 25 gennaio - 26 febbraio 2016, n. 7914, in *Foro it.* 2016, 4, II, 232.

Le pronunce più rilevanti sono state però l'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 18 settembre 2015¹⁴, e quella della stessa Corte di cassazione dell'8 luglio 2016¹⁵, che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, contenente l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui questo autorizza la ratifica e rende esecutivo anche l'attuale art. 325 par. 1 e 2 TFUE, come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015. In particolare, i giudici di merito ravvisavano un contrasto tra l'obbligo di disapplicazione discendente dalla sentenza della Corte di giustizia e il principio di legalità in materia penale, nella estensione attribuitagli dal diritto costituzionale italiano sulla base dell'art. 25, co. 2, Cost. Mentre, dal canto suo, la Corte di cassazione intravedeva un contrasto insanabile tra detto obbligo e le norme della Costituzione, sotto i profili della finalità rieducativa della pena *ex art. 27, co. 3, Cost.*, della sottoposizione del giudice soltanto alla legge *ex art. 101, co. 2, Cost.*, della tassatività, determinatezza e irretroattività della legge penale *ex art. 25, co. 2, Cost.*, nonché del diritto di difesa e dell'uguaglianza *ex artt. 24 e 3 Cost.*

Entrambe le ordinanze individuavano nei principi costituzionali ritenuti violati dalla regola enunciata nella sentenza Taricco i presidi normativi dell'identità costituzionale dello Stato italiano, ravvisando in essi i controlimiti alle cessioni (*rectius*, limitazioni) di sovranità nazionale consentite dall'art. 11 Cost.: così prospettando, con le rispettive questioni di legittimità costituzionale, l'inammissibilità della lesione dei ridetti principi supremi (controlimiti) costituzionali da parte del diritto dell'Ue.

5. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Corte costituzionale

Al fine di pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate, la Corte costituzionale ha ritenuto, in primo luogo, di riunire i giudizi, in quanto vertenti su analoghe questioni: e, in secondo luogo, di proporre, a sua volta, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla corretta interpretazione dell'art. 325 par. 1 e 2 TFUE, con l'[ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017](#)¹⁶. Si tratta di un caso di «doppia pregiudizialità» nel giudizio costituzionale in via incidentale; ossia di un'ipotesi in cui si rende necessario (o piuttosto, opportuno) il previo interpello del giudice UE, in relazione a una decisione sulla compatibilità di una norma (con efficacia) interna con la Costituzione¹⁷.

Il tono della menzionata ordinanza costituzionale risulta a tratti conciliante e in altri punti perentorio: si potrebbe dire che la pronuncia offre una «via d'uscita onorevole»¹⁸ alla Corte di Lussemburgo per superare le evidenti frizioni che la sentenza Taricco produce col diritto nazionale,

¹⁴ [Corte d'appello di Milano, Sez. II pen., ord. 18 settembre 2015](#), annotata da F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'Ue: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (21 settembre 2015).

¹⁵ [Cass. pen., Sez. III, ord. 30 marzo 2016 \(dep. 8 luglio 2016\), n. 28346](#).

¹⁶ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), annotata *ex multis* da A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista, Studi 2017/I](#), e C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (30 gennaio 2017), Con l'ordinanza in parola la Corte costituzionale ha dunque sollevato a sua volta questione pregiudiziale in merito all'art. 325 TFUE, invocando, tra l'altro, il procedimento accelerato *ex art. 105 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia* (v. par. 11).

¹⁷ Con ogni probabilità, nell'ottica del giudice di merito il significato conferito dalla sentenza Taricco all'art. 325 TFUE era sufficientemente chiaro da non richiedere ulteriori precisazioni in via pregiudiziale. L'interpello del giudice europeo da parte della Corte costituzionale sembra configurarsi come la sollecitazione a un ripensamento o la ricerca di un compromesso. Sulla natura politico-istituzionale, più che processuale, del rinvio pregiudiziale in esame, v. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2017, n. 1, 3.

¹⁸ In questi termini, seppur dubitativi, v. G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga». *La Corte Costituzionale tenta il "dialogo" nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (27 marzo 2017).

prospettando però, in caso di mancato accordo, l'assunzione di misure drastiche, quale l'eccezione dei controlimiti del diritto interno.

Seguendo il percorso argomentativo della nuova ordinanza di rinvio, il punto di partenza del ragionamento della nostra Corte è costituito dalla qualificazione della prescrizione come elemento di diritto penale sostanziale, e come tale soggetto al principio di legalità.

Su tale base, la Consulta confronta il disposto della sentenza Taricco con uno dei principali corollari del principio di legalità, ossia *il requisito della determinatezza che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale*¹⁹. Secondo la Corte, la verifica circa il rispetto di tale requisito deve svolgersi su due piani. Innanzitutto, occorre verificare «*se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione (...) avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma e 161, secondo comma cod. pen.*»²⁰. Si tratta di domanda, per così dire, retorica (con risposta chiaramente negativa) in quanto speculare all'affermazione (positiva) contenuta nell'ordinanza del Tribunale di Cuneo che ha dato origine al caso Taricco, secondo cui la prossima prescrizione dei reati fiscali contestati agli imputati rappresenterebbe «*un esito prevedibile fin dal principio, a causa del tenore dell'ultimo comma dell'art. 160 codice penale*»²¹. Insomma, se gli imputati potevano prevedere l'estinzione per prescrizione dei reati loro addebitati, di certo non potevano aspettarsi che il diritto UE ostasse a tale conclusione. La Consulta si dice «*convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma*»²².

Quanto al secondo piano della summenzionata verifica, secondo la sentenza Taricco, la disapplicazione dell'art. 161 c.p. avrebbe dovuto essere realizzata in corrispondenza di «*frodi gravi*» che fossero risultate impunte «*in un numero considerevole dei casi*». In particolare, la Corte costituzionale ritiene l'espressione relativa al «*numero considerevole*» di difficile concretizzazione semantica perché, pur essendo chiaro il riferimento a condotte fraudolente di carattere sistematico, «*il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa*»²³.

Un ulteriore momento argomentativo che, come in un *climax*, si trova a coronare questa prima sequenza dal tono perentorio dell'ordinanza, è il riferimento alla teoria dei controlimiti. Se è vero che la sentenza Taricco contrasta con il principio di determinatezza e, in ultima analisi, anche col principio di irretroattività (a prescindere dai riferimenti all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), allora - afferma la nostra Corte - essa contrasta con il controlimite costituito dal principio di legalità in materia penale.

Come si legge nell'ordinanza, «*è necessario chiedersi se la Corte di Giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano*»²⁴.

E tale eventuale conflitto sarebbe, peraltro, anche contrario al principio del primato del diritto eurounitario, il quale non sarebbe riducibile a una mera regola, per così dire, tecnica di risoluzione delle antinomie giuridiche, ma troverebbe la propria *ratio* sostanziale nel perseguimento dell'unità dell'ordinamento dell'Unione europea. E la possibilità di addivenire a tale obiettivo si basa sulle previsioni costituzionali di ciascun ordinamento europeo, le quali sono consentanee a cessioni di sovranità all'Unione europea, a condizione però di non compromettere le identità nazionali degli Stati membri.

¹⁹ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 5.

²⁰ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 5, cpv. 3.

²¹ V., ancora, [Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014](#), cit.

²² V. ancora [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 5, cpv. 8.

²³ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 5, cpv. 11.

²⁴ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 6.

Con la conseguenza che «*il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di Giustizia che ne specificano il significato (...) non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale*»²⁵. Così, la Consulta espone sì il principio dei controlimiti (che si fonda sulla teoria - nazionale - del dualismo ordinamentale), ma tenta, al contempo, di rappresentarlo nella prospettiva dell'Ue. Sarebbe, insomma, proprio il principio del primato, in quanto strumentale all'attuazione dei Trattati su cui si fonda l'Unione (TUE e TFUE), a richiedere la preservazione delle identità costituzionali degli Stati membri. L'apice del *climax* argomentativo, pur nella sua perentorietà, non è quindi privo di uno spirito europeista.

Si tratta di una prospettiva argomentativa che prelude alla seconda parte del discorso della Corte costituzionale, in cui il tenore del confronto diviene maggiormente conciliativo: l'ordinanza, dopo aver prospettato la dottrina dei controlimiti (però) da un punto di vista europeo, procede a una critica della «regola Taricco» sulla base degli stessi principi del diritto UE.

La Consulta precisa che la qualificazione della prescrizione nei termini di un istituto di diritto sostanziale operata dal diritto interno «*costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta*»²⁶.

In sostanza, la Corte di giustizia avrebbe ommesso di considerare che, ai sensi dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE, la tutela dei diritti fondamentali realizzata in ciascuno Stato membro può ben essere più ampia di quella prevista a livello dell'Unione europea, rappresentando quest'ultima non un limite alla prima, bensì uno *standard* minimo di livello europeo.

E del resto, - continua l'ordinanza - la stessa Corte di Lussemburgo ha affermato, nella sentenza *Omega Spielhallen* del 14 ottobre 2004 che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza, così da perseguire il grado di tutela dei diritti più elevato²⁷.

Pertanto, la Corte costituzionale conclude che se la «regola Taricco» non viola l'art. 49 della appena citata Carta, non è però errato osservare che essa contrasta con l'art. 53 e, per il suo tramite, con l'art. 25 della Costituzione italiana²⁸. Sarebbe quindi lo stesso diritto dell'Unione a essere violato dalla sentenza Taricco.

Da ultimo, la Corte costituzionale prende nuovamente in esame il principio di legalità penale, comprensivo dell'istituto della prescrizione, ora qualificato come principio dell'ordinamento interno e dell'Ue. E ne amplifica il valore. Essa afferma, infatti, che proprio nella natura parlamentare (e non giurisprudenziale) della fonte legislativa (soprattutto, della legge penale) «*si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law*»²⁹.

²⁵ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 6, cpv. 5.

²⁶ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 8.

²⁷ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 8, cpv. 5. Sul punto, v. [Omega Spielhallen](#), C-36/02, 14 ottobre 2004, EU:C:2004:614.

²⁸ Sul punto, la Corte costituzionale opera opportunamente un efficace *distinguishing* rispetto al [caso Melloni](#) (CGUE, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11), con cui il *Tribunal constitucional* spagnolo aveva tentato di giustificare, con il richiamo all'art. 53 della Carta di Nizza, la prevalenza dei diritti fondamentali della Costituzione spagnola rispetto a un mandato d'arresto europeo in esecuzione di condanne *in absentia* (v. l'ord. n. 86/2011 del *Tribunal constitucional* seguita dalla sent. n. 26/2014 dello stesso giudice costituzionale). Secondo la Corte, «*in quel caso una soluzione opposta avrebbe inciso direttamente sulla portata della Decisione quadro (...) e avrebbe perciò comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione (...) Viceversa, il primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione nel caso oggi a giudizio, perché (...) non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta*» ([Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 8, cpv. 6). Per un esame della prospettazione dei controlimiti nelle diverse giurisprudenze costituzionali europee v. A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui «controlimiti», ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2017, n. 2.

²⁹ [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24](#), par. 9.

E pertanto, «*il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata*»³⁰. Sicché, il principio di legalità in materia penale, a ben vedere, non sarebbe solo principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale italiano, e neanche soltanto dell'ordinamento UE. Si tratterebbe, piuttosto, dell'espressione concreta del principio di separazione dei poteri e, pertanto, elemento cardine della tradizione giuridica occidentale nella sua manifestazione continentale. Di qui l'invito a una «rilettura» dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE che, data la preminenza assiologica, non può certo prescindere dal principio anzidetto.

Nell'ordinanza della Corte costituzionale vi è dunque un crescendo: dopo aver ricompreso la prescrizione nel principio di legalità, se ne espone la pregnanza assiologica prima nell'ordinamento interno, quindi in quello europeo, e infine nella stessa cultura giuridica comune ai Paesi di *civil law*.

Al contrario, la formulazione delle questioni pregiudiziali si muove dall'astratto al particolare. Sulla base delle considerazioni svolte, la Corte costituzionale sottopone alla Corte di giustizia tre questioni di interpretazione dell'art. 325 par. 1 e 2 TFUE. Precisamente, essa chiede se le suddette disposizioni debbano essere interpretate nel senso prescritto dalla sentenza in causa Taricco anche:

1) quando tale interpretazione dia luogo a una disapplicazione della normativa interna priva di una base legale sufficientemente determinata, ossia secondo canoni estranei alla tradizione di *civil law*;

2) quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità, ossia quando la disapplicazione leda un diritto fondamentale dell'ordinamento e, in ultima analisi, dello stesso diritto UE;

3) quando dia luogo a una disapplicazione della normativa interna che contrasta con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Come si può notare, la formulazione delle questioni è coerente con lo svolgimento argomentativo dell'ordinanza, prospettando: in primo luogo, la salvaguardia di un principio cardine della cultura giuridica comune; in secondo luogo, la tutela di un diritto fondamentale comune agli ordinamenti UE e nazionale; e solo da ultimo paventando la possibile eccezione dei controllimiti dell'ordinamento interno. Si tratta, come detto, di un'ordinanza dal tono perentorio, ma non priva di spirito conciliativo.

6. Considerazioni conclusive

Ripercorse le diverse fasi della «vicenda Taricco», in attesa della nuova sentenza della Corte di giustizia, sono opportune alcune considerazioni generali sul caso. In primo luogo, è da rilevare che lo stesso decorso della prescrizione durante il giudizio penale potrebbe escludersi proprio sul presupposto della natura sostanziale dell'istituto. Infatti, se ci si sofferma non tanto sulla struttura, quanto sulla finalità della prescrizione, è stato osservato che il suo fondamento razionale consiste nell'inevitabile dissolversi, dopo un certo tempo, della funzione deterrente della sanzione penale, la quale richiede «una coerenza temporale di giudizio e di (eventuale) esecuzione che è vanificata dal decorso del tempo»³¹; ciò in quanto la prescrizione rappresenterebbe «una rinuncia legislativa incondizionata dello Stato alla potestà di realizzare dopo un certo tempo la pretesa punitiva derivante da un reato»³²;

Sicché, il fondamento della prescrizione non può che consistere nell'interesse ordinamentale all'accertamento del reato. E come il reato è accertato con la condanna irrevocabile, cui consegue coerentemente l'indifferenza di eventuali modifiche legislative *in mejus* (art. 2, co. 4, c.p.); così

³⁰ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, par. 9, cpv. 2.

³¹ S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in R. SACCO (a cura di), *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1995, vol. IX, 659 e ss.

³² G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V ed., Milano, 2010, 482.

l'interesse all'accertamento potrebbe cristallizzarsi – e il decorso della prescrizione potrebbe cessare - in un momento anteriore alla medesima sentenza irrevocabile.

Tale soluzione era, peraltro, stata prospettata dall'ordinanza del Tribunale di Cuneo che ha dato origine alla vicenda Taricco, laddove essa richiamava la relazione annuale del Procuratore generale presso la Corte di cassazione per l'anno 2012³³. Quest'ultimo aveva sottolineato che, in presenza di un accertamento di condanna, ancorché non definitivo, la prescrizione non troverebbe più margini di operatività, anzi, sarebbe opportuno procedere a «una sostanziale sterilizzazione del decorso della prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado»³⁴.

In ogni caso, se è vero che la prescrizione, benché avente natura sostanziale, corre anche nella fase processuale, ciò si verifica per assolvere a una funzione ulteriore. E tale funzione è lumeggiata dai medesimi diritti fondamentali che la Corte UE - nella sentenza Taricco - richiedeva che «fossero comunque assicurati» in caso di disapplicazione della disciplina prescrizionale, e segnatamente, dalla garanzia del giusto processo, e quindi di una sua durata ragionevole, a pena di prescrizione: tale garanzia integra, infatti, un diritto fondamentale dal carattere, per così dire, pervasivamente multilivello, perché presente agli artt. 111 Cost, 6 CEDU e 47, co. 2, della Carta di Nizza.

Se ciò è vero, però, la Corte UE, prescrivendo la disapplicazione della normativa interna sulla prescrizione per contrasto con l'art. 325 TFUE, sarebbe incorsa in un errore di prospettiva, perché avrebbe considerato unilateralmente e senza visione sistemica i valori in campo; ossia avrebbe omesso di bilanciare l'art. 325 TFUE proprio con il diritto a un processo giusto³⁵ (concluso in un termine ragionevole), oltre che, naturalmente, con il principio di legalità, come interpretato dalla Corte costituzionale italiana, ex art. 53 della Carta di Nizza.

Potrebbe trattarsi di un abbaglio da cui, come è stato osservato³⁶, non sarebbe immune neanche la nostra Corte costituzionale, la quale, dal canto suo, avrebbe omesso di bilanciare il significato del principio di legalità con le limitazioni di sovranità ex art. 11 Cost., o, laddove si sostenga che tale bilanciamento non possa esservi perché già realizzato «a monte» e «al netto» dei controlimiti³⁷, con i principi di equilibrio finanziario e di partecipazione alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva ex artt. 81 e 53 Cost.³⁸

Tale bilanciamento, peraltro, avrebbe permesso alla Corte UE di superare gli ostacoli ora posti dalla Consulta alla sentenza Taricco, attraverso una modulazione degli effetti della disapplicazione del regime discrezionale limitata soltanto ai casi futuri, senza così incidere sulla problematica retroattività della (disapplicazione della) norma penale.

³³ [Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014](#), cit.

³⁴ Relazione del Procuratore Generale della Corte Suprema di Cassazione Gianfranco Ciani, 58 e ss. (all'indirizzo: http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/inaugurazioni_anno_giudiziario.page).

³⁵ Sulla manifesta negligenza della Corte di giustizia circa la valutazione del diritto a un giusto processo, v. A. MARCHESELLI, *La Corte di giustizia, la prescrizione e le nuvole di Kafka*, in [Ipsos Professionalità Quotidiana](#) (19 settembre 2015).

³⁶ A. RUGGERI, [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco](#), cit., 86, per cui «anche il bene di cui l'Unione stessa, per bocca della Corte di giustizia, reclama protezione, leso dalle frodi fiscali, è riportabile ad un principio fondamentale [interno], iscritto nell'art. 11».

³⁷ Così, in M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, cit., 10, per cui «quel bilanciamento è stato già compiuto dall'art. 1 e dallo stesso art. 11 Cost., che hanno incorporato i controlimiti nel processo di adesione dell'Italia, conservando la sovranità al popolo italiano e consentendone solo limitazioni (e non cessioni), oltretutto “in condizioni di parità con gli altri Stati”».

³⁸ Del resto, l'idoneità dell'art. 81 a porsi quale «contrappeso» nel bilanciamento dei diritti costituzionali era stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con [sent. 11 febbraio 2015, n. 10](#), per cui è stato osservato che proprio «l'art. 24 Cost., invece, da quel bilanciamento ne esce compresso e si tratta dello stesso articolo per il quale, pochi mesi prima, per ironia della sorte, la Corte era stata disposta ad azionare la teoria dei “controlimiti» nei confronti di norme di diritto internazionale generalmente riconosciute [sent. n. 238 del 2014]» (I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 5, 1-4).

Questa soluzione, tuttavia, non supererebbe il diverso ostacolo legato alla determinatezza della norma penale, ossia l'inammissibilità di una disciplina disapplicativa della prescrizione che riguardi solo le «frodi gravi» (ma gravi quanto?) e in cui gli autori beneficerebbero dell'impunità «in un numero considerevole di casi» (ma considerevole quanto?).

La sentenza Taricco avrebbe, dunque, posto in essere una disciplina para-normativa priva dei caratteri di determinatezza e tassatività³⁹: ciò che costituisce un problema pratico, ancor prima che teorico. Insomma, la disapplicazione sarebbe, così come è definita dalla Corte UE, inapplicabile.

Non solo. Infatti, come messo in luce dalla stessa ordinanza della Corte costituzionale, la Taricco sembra postulare una figura di giudice (c.d. «di scopo») estraneo alla nostra tradizione giuridica, e, inoltre, contrastante con la riserva di legge in materia penale e il principio di democraticità del nostro ordinamento *ex artt.* 101 e 25, co. 2, Cost.⁴⁰

Infine, anche su un piano più formale, la sentenza della Corte di giustizia non sarebbe esente da critiche. In primo luogo, perché anche ammettendo che il rinvio pregiudiziale sia lo strumento più idoneo ad affrontare una difficoltà legislativa strutturale, qual è quella sul decorso della prescrizione, non sarebbe parimenti pacifico che la disapplicazione diretta della norma interna sia lo strumento più idoneo a risolverla.

In particolare, l'anzidetta azione para-normativa predisposta dalla Corte UE, non troverebbe conforto nei Trattati, i quali ricomprendono oggi sì la cooperazione giudiziaria e in materia penale nell'alveo del metodo UE, ma ne circoscrivono l'attuazione alle fonti (generalmente) prive di efficacia diretta⁴¹. Peraltro, come osservato, sollevare tale argomento sarebbe stato, scivoloso per la Corte costituzionale: ciò in parte perché in gioco, oltre al mutamento della prescrizione, vi sarebbero sempre gli interessi finanziari dell'Ue, per la cui tutela l'art. 325 TFUE non ha previsto, al contrario dell'art. 83 TFUE, limitazioni di sorta; e in parte perché la medesima Corte costituzionale non è estranea a interventi giurisprudenziali dai quali discendono effetti peggiorativi della responsabilità penale degli individui⁴².

In secondo luogo, con la sentenza Taricco si sarebbe configurato un effetto diretto dell'art. 325 par. 1 e 2 TFUE del tutto *sui generis*, perché volto non ad ampliare i diritti dei cittadini verso lo Stato membro, ma al contrario, a restringerne la sfera giuridica ad opera dello Stato membro: insomma, un «effetto diretto verticale e rovesciato»⁴³.

In proposito, a prescindere dalla competenza della Corte di giustizia a individuare nuove modulazioni degli effetti diretti delle norme UE, la specificità dell'art. 325 TFUE potrebbe comunque contrastare con i principi dell'Ue del legittimo affidamento e della certezza del diritto (in materia

³⁹ Sul punto, v., esaustivamente, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (13 febbraio 2017).

⁴⁰ V. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, cit., 8.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 83 TFUE, «il Parlamento europeo e il Consiglio, *deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*».

⁴² Così in F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi, osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (27 marzo 2017).

⁴³ V. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) (5 ottobre 2016), e D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto Ue nella vicenda Taricco*, in [SIDIBlog](#) (25 febbraio 2017). Alcuni autori hanno osservato che all'efficacia diretta, comunque intesa, della norma UE non ne seguirebbe *ipso iure* la diretta applicabilità, così potendosi contestare la disapplicazione della norma interna, senza negare all'art. 325 TFUE efficacia diretta: è la c.d. «rottura delle molecole» tra prevalenza, effetto diretto e immediata applicabilità», su cui v. C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) (3 aprile 2017).

penale, peraltro)⁴⁴ da parte dei cittadini che, a causa della sentenza Taricco, non potrebbero più beneficiare del favorevole regime prescrizione. E così, siamo tornati al punto centrale di tutto il discorso, ossia il rispetto del principio di legalità penale.

In conclusione, la Corte di giustizia con la sentenza Taricco si è esposta a più critiche sotto diversi profili. E però, nella sentenza medesima, è lasciato spazio a possibili precisazioni che non configurino ripensamenti. Come osservato, infatti, la Corte di Lussemburgo - nella sentenza *de qua* - afferma che il giudice interno nel disapplicare la normativa in tema di prescrizione «*dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati*»; e che la disapplicazione dovrà sempre essere operata «*con riserva di verifica da parte del giudice nazionale*».

Tali riferimenti potrebbero condurre la Corte di giustizia, nella sentenza che emetterà a seguito del rinvio pregiudiziale della nostra Corte costituzionale, a riservare gli effetti della «regola Taricco» ai soli casi futuri, in ossequio al principio di legalità penale, parte comune del diritto UE e degli Stati membri. Si tratterebbe di una soluzione possibile anche per il tono perentorio⁴⁵, ma non privo di carattere conciliativo, dell'ordinanza della Corte costituzionale che, in un certo senso, sembra suggerire tale esito.

Tale conclusione rappresenterebbe, così, un rimedio provvisorio a una disciplina della prescrizione che pone effettivamente un serio dubbio sul corretto contemperamento tra i poli valoriali della deterrenza ed effettività della norma e del giusto processo penale. Un rimedio provvisorio che potrebbe condurre a una rinnovata riflessione (magari in sede legislativa) sul punto di equilibrio tra le esigenze di accertamento penale e libertà dei singoli, nella prospettiva di addivenire, finalmente, a una prescrizione giusta.

⁴⁴ In proposito, v. L. DANIELE, *La sentenza Taricco davanti alla Corte di giustizia Ue: come decideranno i giudici europei?*, in Eurojus.it (10 aprile 2017).

⁴⁵ Peraltro, come osservato da D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI (A CURA DI), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della corte costituzionale*, Napoli, 455 e ss.: nell'«assertività» dell'ordinanza costituzionale sarebbe ravvisabile anche un'indicazione ai giudici comuni sull'approccio alle norme UE, nel senso del loro contemperamento, già in fase applicativa, con i diritti fondamentali nazionali, nell'ottica della massima espansione delle garanzie.

PARTE TERZA

CRONACHE

CRONACHE 2017

DALLA CORTE

12.12.17: Comunicato della Corte costituzionale sull'inammissibilità dei conflitti di attribuzione riguardanti le procedure di approvazione delle leggi elettorali cosiddette *Italicum* e *Rosatellum

Il testo

***05.12.17: Comunicato della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla sentenza emessa nella causa C-42/17, con cui si è deciso in ordine al rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale con **ordinanza n. 24 del 2017**, sul caso Taricco.**

Il testo

***01.12.17: Pubblicata dalla Corte la sinossi della **sentenza n. 250 del 2017**
Sinossi della sentenza n. 67 del 2017 (linking a cura della redazione) *****

***22.11.17 Comunicato della Corte costituzionale sulla non fondatezza delle questioni di legittimità sollevate dalla Regione Veneto sul d.l. n. 73 del 2017 (conv. nella l. n. 119 del 2017), in materia di vaccinazioni obbligatorie per i minori fino a 16 anni di età.**

Il testo

***16.11.17: Eletto dalla Cassazione il nuovo giudice costituzionale
È Giovanni Amoroso, Presidente di Sezione Lavoro della Corte di Cassazione**

***25.10.17: Comunicato sulla perequazione delle pensioni**

Il testo

***10.10.17: Comunicato stampa della Corte costituzionale sull'inammissibilità del conflitto sollevato dalla Regione Puglia contro lo Stato in relazione al procedimento di autorizzazione alla realizzazione del gasdotto TAP**

Il testo

***14.04.17: Pubblicata dalla Corte la sinossi della **sentenza n. 67 del 2017**
Sinossi della sentenza n. 67 del 2017 (linking a cura della redazione) *****

*** 05.04.17: Comunicato della Corte costituzionale sull'illegittimità della legge della Regione Puglia in materia di deroghe ai vincoli urbanistici**

Il testo

* 03.04.17: Comunicato della Corte costituzionale sulla responsabilità civile dei magistrati

Il testo

* 08.02.17: Comunicato della Corte costituzionale sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario

Il testo

*01.02.17: Pubblicata dalla Corte la sinossi della **sentenza n. 24 del 2017**
Sinossi della sentenza n. 24 del 2017 (linking a cura della redazione) ***

* 25.01.17: Comunicato (in attesa delle motivazioni) della Corte costituzionale sui dispositivi della sentenza sull'*Italicum*

Il testo del comunicato e le ordinanze di rimessione

* 24.01.17: Comunicato recante l'ordinanza adottata dalla Corte costituzionale circa l'ammissibilità degli interventi nel giudizio sull'*Italicum*

Il testo

*11.01.17: Comunicato concernente le richieste di *referendum* in materia di lavoro

Il testo

*04.01.17: Comunicato relativo alle questioni di legittimità costituzionale concernenti la legge 6 maggio 2015, n. 52 recante "Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati" (c.d. *Italicum*)

Il testo

DALLE ISTITUZIONI

*** 31.12.17:** “Essere comunità di vita significa condividere alcuni valori fondamentali. Questi vanno praticati e testimoniati. Anzitutto da chi ha la responsabilità di rappresentare il popolo, a ogni livello. Non vi sarà rafforzamento della nostra società senza uno sviluppo della coscienza civica e senza una rinnovata etica dei doveri”.

Il messaggio augurale in TV di fine d’anno al Paese del Presidente della Repubblica

***29.12.2017:** Il Presidente della Repubblica ha sciolto entrambe le Camere, ponendo fine con un anticipo di circa due mesi alla XVII legislatura repubblicana

Il comunicato del Quirinale sullo scioglimento

Il decreto di scioglimento pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*

Il comunicato del Quirinale sulla convocazione delle elezioni e la fissazione della prima riunione delle nuove Camere

Il decreto di convocazione delle elezioni e di fissazione della prima riunione delle nuove Camere pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*

***20.12.2017:** La Commissione dell’Unione europea propone al Consiglio di adottare una decisione ai sensi dell’**articolo 7, paragrafo 1**, del Trattato sull’Unione europea nei confronti della Polonia.

L’annuncio del vice presidente della Commissione Frans Timmermans, che afferma che, negli ultimi due anni, le autorità polacche hanno adottato più di 13 leggi che riguardano l’intera struttura del sistema giudiziario (Tribunale costituzionale, Corte suprema, tribunali ordinari, Consiglio nazionale per la magistratura, servizio giudiziario e la Scuola nazionale della magistratura), con cui i poteri esecutivo e legislativo sono stati sistematicamente abilitati a interferire politicamente nell’organizzazione e nel funzionamento del potere giudiziario.

***27.10.2017:** Il Presidente della Repubblica rinvia alle Camere il disegno di legge sulle mine antiuomo con rilievi d’incostituzionalità

Il messaggio

***17.10.2017:** Il Presidente della Repubblica scrive al Presidente del Consiglio in occasione della promulgazione della legge recante modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione

Il messaggio

***17.10.2017: Intervento del Presidente della Repubblica a tutela della dell'autonomia e dell'indipendenza della Banca d'Italia, riferito dagli organi stampa che virgolettano le seguenti frasi:**

“Le prese di posizione riguardanti la Banca d'Italia siano ispirate ad esclusivi criteri di salvaguardia dell'autonomia e dell'indipendenza dell'Istituto, nell'interesse della situazione economica del nostro Paese e della tutela del risparmio degli italiani” “a questi principi deve attenersi l'azione di tutti gli organi della Repubblica, ciascuno nel rispetto del proprio ruolo”.

***27.09.2017: Il Capo dello Stato nelle dichiarazioni alla stampa in occasione dell'incontro con il Presidente della Repubblica di Finlandia, Sauli Niinistö: “*Si è aperto nuovamente il cantiere di avanzamento dell'integrazione europea: è un percorso impegnativo che ha di fronte difficoltà, che vede l'esigenza di comporre sensibilità e opinioni differenti ma che sembra davvero avviato con determinazione*”.**

***13.09.2017: Dichiarazioni alla stampa del Capo dello Stato “...l'Unione ha ancora bisogno di fare molta strada per acquisire il senso della solidarietà e del comune impegno su alcuni fronti, particolarmente su quello del fenomeno migratorio”**

La dichiarazione

***30.06.2017: Il Capo dello Stato a proposito della prossima tornata elettorale “così come stanno le cose, non ci sono segnali per uno scioglimento anticipato; è quindi è probabile che voteremo al termine naturale della legislatura”**

L'intervista

***26.04.2017: Il Capo dello Stato ha sottolineato l'esigenza che il Parlamento provveda sollecitamente al compimento di due importanti adempimenti istituzionali: la nuova normativa elettorale per il Senato e per la Camera e l'elezione di un giudice della Corte costituzionale**

Il comunicato

*** 25.03.2017: Intervento del Presidente Mattarella in occasione del 60^{mo} anniversario dei Trattati di Roma**

Il testo

*** 01.03.2017: Cinque scenari per l'Unione europea del dopo “brexit”**

Il libro bianco

*** 25.01.2017: L'Italia raggiunge il 60° posto nella classifica della corruzione e affianca Cuba, ma prima di São Tomé e Príncipe**

La classifica La documentazione

2017

